Handbuch

des

deutschen Civilprozesses

auf der

Grundlage und nach der Ordnung der bayerischen Gesezgebung

von

Dr. Johann Adam Seuffert,
Appellationsgerichtsrath in Ruhestand,

fortgesezt in Verbindung mit

Dr. Johann Jakob Lauk,
Oberappellationsgerichtsrath.

Zweiter Band.

Zweite Auflage.

Erlangen, 1855,
Verlag von J. J. Palm und Ernst Enke.
(Adolph Enke.)

Kommentar

über die

bayerische Gerichtsordnung

(Codex juris bavarici judiciarii de anno 1753)

von

Dr. Johann Adam Seuffert,
Appellationsgerichtsrath in Ruhestand,

fortgesetzt in Verbindung mit

Dr. Johann Jakob Lauk,
Oberappellationsgerichtsrath.

Zweiter Band.

Zweite Auflage.

Erlangen, 1855,
Verlag von J. J. Palm und Ernst Enke.
(Adolph Enke.)

Druck von Junge u. Sohn in Erlangen.

Vorwort
der ersten Auflage.

Die Unterbrechung dieses im Jahr 1835 begonnenen Werkes war durch körperliche Leiden veranlaßt, welche zur Zeit, als der erste Band die Presse verließ, ihren Anfang nahmen und auch jetzt noch in der Art fortdauern, daß ich an den besten Tagen höchstens ein paar Stunden produktiver Thätigkeit widmen kann. Mittlerweile sind zwar nach und nach viele einzelne Steine behauen worden, was die Fortsezung des Ausbaues bedeutend erleichterte. Aber auch der Lösung der also erleichterten Aufgabe waren meine Kräfte nicht gewachsen. In dieser Lage, sicherer Aussicht auf völlige Wiederherstellung entbehrend, entschloß ich mich im Februar v. J. zur Aufforderung an meinen werthen Freund, Herrn Dr. Lauk, seine ungeschwächten Kräfte mit den meinigen zur Fortsezung des Kommentars zu vereinigen. Der Aeußerung des Wunsches folgte die Erfüllung auf dem Fuße. Dr. Lauk besorgte nicht nur die Sammlung des Stoffes, sondern trug auch etwa die Hälfte der Ausarbeitung bei. Von meiner Seite wurde durch Bearbeitung eines Theils der Materien, im Uebrigen durch einzelne Beiträge, Bemerkungen, Rathschläge mitgewirkt. Möge das juristische Publikum, dem

wir hiermit den Erstling unseres Zusammenwirkens darbieten, diesen Versuch genossenschaftlicher Schriftstellerei nicht für mißlungen erachten und den zweiten Band des Kommentars mit demselben Wohlwollen aufnehmen, welcher dem ersten zu Theile wurde.

München den 21. März 1841.

Vorwort der zweiten Auflage.

Auch die Revision zum Zwecke der neuen Auflage wurde von Herrn OAGR. Lauk durch dankbar benützte Beiträge und Erinnerungen unterstützt. Eine gleiche Unterstützung ward mir von meinem Bruder, Kreis- und Stadtgerichts-Direktor Dr. Georg Karl Seuffert zu Nürnberg, zu Theile.

Der in vorliegendem Bande enthaltene Kommentar über Kap. III—VIII der GO. ist in der zweiten Auflage gegen die erste um 110 Seiten vermehrt.

Der Inhaltsanzeige sind in Noten zu einzelnen §§en einige Berichtigungen und Zusäze beigefügt, welche die geneigten Leser zu den betreffenden Stellen vormerken wollen.

München im April 1855.

J. A. Seuffert.

Drittes Kapitel.

Vom Gerichtsprozesse.

Drittes Kapitel.

Vom Gerichtsprozesse.

§. 1.

Was und wie vielerlei die Prozesse seien[1]).

I.

Diejenige Art des Verfahrens, welche die Gerichtsordnung als processus ordinarius bezeichnet, ist heutzutage nicht mehr üblich: der von ihr aufgestellte Gegensaz von processus ordin. und summarius der Rechtsgeschichte, nicht dem praktischen Rechte angehörig [1a]).

Processus ordinarius war das durch die Gerichtsordnung von 1520 eingeführte Verfahren, dessen Eigenthümlichkeit in der Abtheilung der Verhandlungen in einer bestimmten Anzahl von Stadien (termini genannt) bestand. Diese termini waren unter sich streng geschieden; in jedem derselben mußte eine bestimmte Prozeßhandlung, und zwar (die Verhandlung geschah in s. g. Audienzen) — mündlich vorgenommen werden [2]).

1) Vgl. Bd. I. S. 380 f., wo von dem Wesen des bürgerlichen Prozesses, im Allgemeinen, und den Grundmaximen des Verfahrens gesprochen wurde. Hier handelt es sich von den verschiedenen Arten des Prozesses, von den Eintheilungen aus dem Standpunkte des modus procedendi.

1a) v. Wendt, Handbuch des bayer. Civilproz. Bd. II. §. 7 S. 12 Note 1.

2) Miltner, die bayer. Gerichtsordnung, historisch dargestellt. S. 6—10.

Dieser Verhandlungsart wurde in der Gesezgebung von 1616 der processus summarius gegenübergestellt, welcher sich von dem ordinarius durch die Verhandlung in schriftlichen Wechselsäzen und dadurch unterschied, daß an die Stelle der Tagfahrten (termini in quibus) — Fristen (termini ad quos) gesezt wurden [3]).

Bei dieser Reform war es nicht darauf abgesehen, für gewisse Arten von Sachen ein kürzeres Verfahren und Erleichterung in der Beweisführung einzuführen; indem die Verhandlung im processus summarius häufig länger dauerte als im p. ordinarius [4]), und der Unterschied zwischen ordentlichem und summarischem Beweise eine ganz andere Bedeutung hatte. Vielmehr lag die Veranlassung der Einführung des processus summarius lediglich in dem Umstande, daß damals in Bayern die Befreiung vom Appellationszug an die Reichsgerichte nur für causas summarias bestand; durch Einführung der bezeichneten, summarisch genannten Prozeßart sollten die Berufungen an die Reichsgerichte vermindert, die Wirksamkeit des Privilegiums erweitert werden [5]).

Auch nachdem das Herzogthum Bayern mit der Churwürde das allgemeine privilegium de non appellando erlangt hatte, wurden die beiden Prozeßarten nebeneinander noch beibehalten; der p. ordinarius von dem summarius unter anderem durch den libellus articulatus unter-

3) Miltner a. a. O. S. 10—17.

4) Kreittmayr in den Anmerk. zur Gerichtsordnung III §. 1 lit. c.: „Dieser neue summarische Prozeß — ist seines ganzen Inhalts nach so beschaffen, daß er außer dem bloßen „Namen gar nichts summarisches an sich hat, sondern ein „purum putum ordinarium ist u. s. w."

5) Kreittmayr a. a. O.

schieden, dessen Eigenthümlichkeit aus der Gerichtsordnung Kap. IV §. 11 zu ersehen ist.

Der Kläger konnte zwischen der einen und anderen Prozeßart wählen und die in summario unterliegende Partei, wenn sie zuvor dem Urtheile gegen Kaution Genüge geleistet, ihre Zuflucht noch zu dem ordinarius nehmen. — Der proc. summarius gewann allmählig die Oberhand, so daß der ordinarius fast nur als „leztes Hülfsmittel“ vorkam [6]). — Das Generalmandat vom 5. Mai 1750 entzog ihm auch diese Wirksamkeit, indem es bestimmte, daß nach Beendigung des summarius eine nochmalige Verhandlung in ordinario nicht stattfinde.

In der Gerichtsordnung von 1753 kömmt zwar der alte processus ordinarius, als der Regel nach mit dem summarius elektiv konkurrirend, noch vor [7]); aber diese scheinbare Beibehaltung geschah nur als Respektsbezeigung gegen das Reichskammergericht, mit dessen Verfahren der processus ordinarius mehr Aehnlichkeit hatte, und, wie Kreittmayr [8]) sich ausdrückt, „in zuversichtiger Hoff„nung, daß derselbe nunmehr von selbst, und zwar, wie „Augustinus von dem alten Testament sagt, cum honore „exspiriren werde.“

Diese zuversichtliche Hoffnung ist nicht getäuscht worden; der processus ordinarius — im Sinne der Gerichtsordnung, ist den Abgeschiednen beizuzählen.

Auf dem Standpunkte des praktischen Rechts ist — das ordentliche Verfahren (zusammenfallend mit dem processus summarius der Gerichtsordnung) — von den außerordentlichen Prozeßarten (von der Ge-

6) Kreittmayr a. a. O.

7) Vgl. Gerichtsordnung III. §. 2.

8) Zu Gerichtsordnung III §. 1 lit. c.

richtsordnung III §. 1 in dem Ausdruck „processus summariissimus" zusammengefaßt [9]) — zu unterscheiden.

Das Unterscheidungsmerkmal besteht im Allgemeinen darin, daß die außerordentlichen Prozeßarten darauf gerichtet sind, das Verfahren zu vereinfachen, und schleuniger zum Ziele zu führen [10]).

II.

Der Unterschied zwischen dem ordentlichen Verfahren und den außerordentlichen Prozeßarten trat nach den Bestimmungen der Gerichtsordnung [11]) besonders darin hervor, daß bei ersterem, abgesehen von Produktionstagfahr-

9) Kreittmayr a. a. O. lite: „Was in Juri communi summarium heißt, das wird in Codice Bavar. Jud. Summariissimum allhier getauft, damit solches desto weniger mit dem sogenannten Summario Bavarico vermischt werde, welches obverstandenermassen in der That selbst kein rechtes Summarium, sondern vielmehr ein Ordinarium, mithin auf jene Causas, welche ihrer Natur und Eigenschaft nach eine geschwind- und abgekürzte Expedition erfordern, so wenig als das Ordinarium applicabel ist."

10) Ueber die s. g. summarischen Prozeßarten vgl. Claproth Einleitung in sämmtliche summarische Prozesse (neueste Ausgabe von Willich 1816); Danz Grundsätze der summarischen Prozesse 1806 — Gönner Handbuch Bd. IV. — Mittermaier der gemeine deutsche Prozeß. Beitr. IV ed. II. Derselbe im Archiv für civ. Praxis Bd. VII. S. 369—405; VIII, S. 107—138; Bayer Theorie der summar. Prozesse. 1830. — Martin im Lehrbuch ed. XII §. 236 ff. Linde im Lehrbuch ed. V §. 323 ff.

11) Schon durch die Verordnung vom 16. August 1779 (Nov. Samml. I. S. 167) war für die Untergerichte das protokollarische Verfahren als Regel festgesetzt worden. Allein die Praxis beobachtete diese Vorschrift nicht.

ten u. dgl., in Wechselschriften [12]), bei lezteren hingegen meistens in via commissionali — mündlich zu Protokoll verhandelt wurde [13]).

Dieser Unterschied besteht nicht mehr, indem nach der Vorschrift der Novelle vom 22. Juli 1819 §. 1 und des Gesezes vom 17. Nov. 1837 §. 16, 17 die mündlich-protokollarische Instruktion auch in dem ordentlichen Verfahren die Regel bi det. Die Regel gilt aber

1) nur für die Untergerichte [14]); Rechtssachen, für welche die Obergerichte als I. Instanz zuständig sind, werden — im ordentlichen Prozeß [15]) — schriftlich verhandelt [16]), sofern nicht beide Parteien ausdrücklich in die protokollarische Instruktion willigen. Es findet

12) Vgl. Gerichtsordnung VI §. 8, 11, 14: „Schriftenwechsel."

13) Vgl. Gerichtsordnung III §. 3 Nr. 1, 4.

14) Gönner im Kommentar zur Nov. S. 16 ff. — v. Spies Erläut. zum Ges. vom 17. Nov. 1837 ed. II S. 3.

15) Auch bei den I Instanz-Verhandlungen der Obergerichte soll „in geringen — Injurien- und andern — Händeln, sonder„bar, wenn die Hauptsumme, oder der Werth derselben nicht „über hundert Gulden beträgt, kein Schriftenwechsel ge„stattet, sondern gleich nach eingereichter Klagschrift eine „Kommission unter den Theilen angesezt, und hiernach gleich„falls summarisch verhandelt werden." — Verordnung vom 16. Aug. 1779 (Nov. Samml. I. S. 168.) — Jedoch kömmt das Verfahren im mündlichen Verhör bei Obergerichten nicht zur Anwendung. S. unten S. 13.

16) Was sich natürlich nicht auf diejenigen Handlungen erstreckt, welche ihrer Natur nach persönliches Erscheinen erheischen, oder für welche durch besondere Vorschrift protokollarisches Verfahren angeordnet ist, — Vergleichsversuche, Vorlage der Urkunden, Zeugenvernehmungen, Eidesleistungen u. dgl., ferner Verhandlungen in der Exekutionsinstanz nach §. 31 der Novelle vom 22. Juli 1819. — S. Gönner Komm. S. 18.

2) auch bei den Untergerichten Verhandlung in Wechselschriften statt [17]):

a) wenn beide Theile ausdrücklich einwilligen; und zwar die Parteien selbst, nicht blos ihre Anwälte; wobei übrigens die erklärte Einwilligung ihre Wirksamkeit auf den ganzen Prozeß, nicht minder auf die Verhandlung der Litisdenuncianten und Intervenienten erstreckt, auch einseitig nicht zurückgenommen werden kann [18]);

b) wenn der Richter die schriftliche Verhandlung, der Wichtigkeit der Sache oder besonderer Umstände wegen, von Amtswegen oder auf Antrag einer Partei anordnet. — Die Wichtigkeit ist nicht blos nach dem Betrage des Streitgegenstandes zu bemessen; vielmehr ist hier Alles zu berücksichtigen, was ein ungewöhnliches Interesse zu begründen vermag. Die Verwicklung der faktischen Verhältnisse, die Zweifelhaftigkeit der Rechtsfrage, die Aufstellung eines nicht am Gerichtssize wohnenden Armenanwalts, etwa auch bei nicht ganz einfachen Sachen die Entfernung des Gerichtssizes von dem Wohnorte einer Partei u. dgl. [19]) mögen die Anordnung der schriftlichen Verhandlung motiviren. Auf Verlangen beider Theile kann jedoch auch in wichtigen Rechtssachen das protokollarische resp. das Verfahren im mündlichen Verhör stattfinden [20]).

17) Aber nur im ordentlichen Verfahren, nicht in den außerordentlichen Prozeßarten, insbesondere nicht in den dem mündlichen Verhör zugewiesenen Sachen. Bl. f. Rechtsanwendung Bd. VI S. 18.

18) Gönner im Kommentar S. 20—22. Die Einwilligung einer Partei kann durch speciell darauf lautende Bevollmächtigung erklärt sein.

19) Vgl. Gönner a. a. O. S. 23. Vgl. Bl. f. Rechtsanw. Bd. 3 S. 32.

20) §. 1 der Novelle am Ende. — Da hier das Gesez kein aus-

Eigene Verhandlungen über die Frage, ob ein Prozeß schriftlich oder protokollarisch, im mündlichen Verhör (s. unten §. 3 Abth. I) oder gewöhnlichen Verfahren verhandelt werden soll, finden durchaus nicht statt; und wenn es gleich dem Beklagten unbenommen ist, gegen die in dem Kommunikativdekrete gewählte Form der Instruktion Einwendungen zu machen, so kann er doch deßwegen die Einlassung nicht verweigern; vielmehr haben diese Einwendungen die Natur der einfach dilatorischen, mit welchen die Einlassung und das Vorbringen aller zerstörlichen Einreden, bei Vermeidung des Ausschlusses, verbunden werden müssen. Der richterliche Beschluß über die Frage, ob schriftlich oder protokollarisch oder im mündlichen Verhöre zu verhandeln sei, hat die Eigenschaft eines prozeßleitenden Dekretes, und ist mit den Erkenntnissen über die Prozeßart, gegen welche selbstständige Berufung Platz greift, nicht zu verwechseln [21]).

Noch ist zu bemerken, daß sich obige Regel des mündlich-protokollarischen Verfahrens nicht auf das Beweisverfahren erstreckt. In protokollarisch verhandelten Sa-

drückliches Verlangen erfordert, so ist nicht zu bezweifeln, daß die Parteien ihre Einwilligung in die mündliche Instruktion durch die That erklären können, indem sie die Sache mündlich zu Protokoll verhandeln. Gönner a. a. O. S. 28. Vgl. Novelle vom 17. Nov. 1837 §. 3.

21) Gönner a. a. O. S. 26—28. Das mündliche Verhör (s. unten §. 3) hat so wesentliche Eigenthümlichkeiten, daß man alle Ursache hat, darin eine besondere Prozeßart zu sehen. Nur in Bezug auf die Appellabilität des über dessen Einleitung gefaßten Beschlusses läßt es die Gesetzgebung nicht als Prozeßart, sondern nur als abweichende Modalität des gewöhnlichen Verfahrens gelten. Vgl. hierüber Bolgiano vergleichende Darstellung des gem. d. u. bayer. Civilproz. S. 1–3.

chen kann zwar auch die Beweis= wie die Gegenbeweis=antretung zu Protokoll aufgenommen werden [21a]). Dagegen geschieht die Erklärung auf die Beweisantretung wie die Beweisausführung (Deduktion) in Schriftsätzen [21b]). Ueber das Nähere s. unten die das Beweisverfahren angehenden Kapitel.

III.

Die außerordentlichen Prozeßarten (summarische Prozesse — im gemeinrechtlichen Sinne des Wortes) verhalten sich zu dem ordentlichen Verfahren, wie die Ausnahmen zur Regel. — Für Einleitung eines Rechtsstreites im summarischen Verfahren muß immer ein besonderer gesetzlich oder gerichtsgebräuchlich anerkannter Rechtfertigungsgrund vorliegen [22]).

Bei Ausführung der gemeinrechtlichen Eintheilung des summarischen Prozesses in den bestimmten und unbestimmten werden als Arten des bestimmten, neben dem Exekutivprozesse, der Arrest= und Mandatsprozeß genannt. Die Gerichtsordnung weiß aber nichts von einem besonderen Arrest=, eben so wenig von einem besonderen Mandatsprozesse, sondern spricht von Mandaten nur als von einer Form der Citation [23]), von Arresten nur in Bezug ihrer Bedeutung als Grund eines speziellen Gerichtsstandes [24]) und als Mittel, die künftige Exekution

21 a) Novelle v. 1837 §. 40.

21 b) Vgl. unten Komment. zu Kap. IX §. 6 und Kap. X §. 18.

22) Mittermaier der gemeine deutsche Prozeß. Beitr. 4. ed. II. S. 80.

23) Kap. V, § 6, 7.

24) Kap. I, §. 8.

zu sichern [25]). Die hier vorkommenden Eigenthümlichkeiten des Verfahrens werden nicht als Merkmale eigener Prozeßarten, sondern nur, was Arrestsachen und unbedingte Mandate betrifft, als Modifikationen des processus summariissimus [26]), wie er im §. 3 Nr. 1—4 normirt ist, bezüglich der bedingten Mandate aber als Modifikationen derjenigen Prozeßart angesehen, welche nach Beschaffenheit der Sache Plaz zu greifen hat; des gewöhnlichen Verfahrens in Sachen, für welche kein Grund der Ausnahme besteht, des processus summariissimus, wenn der Fall dazu geeignet ist. — An die Stelle des proc. summariissimus der Gerichtsordnung ist nun (für die Untergerichte) das beschleunigte Verfahren im mündlichen Verhöre getreten; daher ist nun auf Arrestgesuche nach Gerichtsordnung VIII §. 6 und bei unbedingten Mandaten das Verfahren, abgesehen von der Eigenthümlichkeit der Einleitung und deren Folgesäzen, nach den Vorschriften über das mündliche Verhör zu pflegen. Ohnehin treffen die Bedingungen der Arrestgesuche (Gefahr auf dem Verzuge) und der unbedingten Mandate (offenkundiger Frevel, Bedrohung der öffentlichen Ruhe, sonstige Dringlichkeit) überall mit Voraussezungen des mündlichen Verhörs zusammen. — Wo das Verfahren mit einem bedingten Mandate eingeleitet wurde, richtet sich die folgende Behandlung bei den Untergerichten nach den Bestimmungen der Novelle von 1819 [27]), sofern nicht die Sache

25) Kap. VIII, §. 6.

26) Vgl. Gerichtsordnung V, §. 7: „in möglichster Kürze summariissime" und VIII §. 6 Nr. 3: „soviel immer möglich, schleunig und summariissime" mit Gerichtsordnung III §. 3 Nr. 1—3.

27) Mit Rücksicht auf die das regelmäßige Protokollverfahren be-

nach ihrem Gegenstande oder sonstigen geseßlichen Merkmalen in die Sphäre des mündlichen Verhörs gehört.

Demzufolge scheint es den Bestimmungen der bayerischen Gesezgebung angemessen, der Darstellung der summarischen Prozesse lediglich die Eintheilung in „summariissimus et executivus“ [28]) mit der Bemerkung zu Grunde zu legen, daß die für den heutigen „summariissimus“ als Regel geltenden Normen in manchen Fällen, insbesondere bei Streitigkeiten über den jüngsten Besitz so wie bei Arrestgesuchen und Mandaten, gewisse Modifikationen erleiden, und daß auch das gewöhnliche protokollarische Verfahren zuweilen mit einzelnen Besonderheiten, welche Beschleunigung erzwecken, zur Anwendung kömmt. Indessen muß bemerkt werden, daß die Ansicht, welche außer dem Exekutivprozesse auch in den Eigenthümlichkeiten des Verfahrens bei Arrestgesuchen und Mandaten besondere summarische Prozeßarten sieht, einigen Bestimmungen des Prozeßgesezes von 1837 (§. 16 u. §. 52 Nr. 3) zu Grunde liegt [29]).

treffenden Bestimmungen der Nov. von 1837. — Bei den Obergerichten wird sie in Schriftsäßen gepflogen.

28) Entsprechend der Rubrik der Gerichtsordnung III §. 3. Von eignen possessorischen Prozeßarten kann nicht gesprochen werden. Denn in poss. ordin. ist — der Regel nach — das gewöhnliche Verfahren zu pflegen (Gerichtsordnung III §. 4 Nr. 18); das summariissimum aber ist dem mündlichen Verhör zugewiesen. — Die Provokationen werden im gewöhnlichen Protokollarverfahren, jedoch mit einzelnen Modifikationen, verhandelt.

29) Vgl. unter Komment. zu Kap. XV §. 3 Note 36. — Vgl. übrigens Bolgiano a. a. O. S. 2 f.

§. 2.

Wenn, und wie der ordinarius vorzüglich Plaz greife.

Nach den zum vorigen §en unter Nr. 1 vorgetragenen Bemerkungen ist der Inhalt des gegenwärtigen Antiquität. —

§. 3.

Von dem processus summariissimo und executivo.

I. Das beschleunigte Verfahren im mündlichen Verhöre [1]).

Die Gerichtsordnung verordnet in Nr. 1 — 3 des §. 3 Kap. III für Kleinigkeiten, welche nicht 50 fl. in Kapital betragen, für Rechtssachen zwischen eheleiblichen Kindern und Eltern, und für das possessorium summariissimum, man solle in diesen Sachen

> „gar keinen oder wenigstens keinen schriftlichen Prozeß, noch weniger weitläufige Beweise gestatten, sondern dieselben gleich durch ein mündliches Verhör, oder eine Commission in Güte zu heben, oder der Billigkeit nach, besonders, wenn es unvermögliche Parteien betrifft, zu entscheiden trachten."

Zur Verhandlung und Schlichtung der „mündlichen Verhörshändel" waren nach der Uebung der Gerichte ein oder zwei Tage der Woche bestimmt. Diese „Klagtäge" wurden von einer Gerichtskommission abgehalten. Die Parteien trugen Ansprüche und Vertheidigung in mündlicher Rede und Gegenrede vor, der Kommissär wirkte durch Zwischen=

1) Vgl. Schmid das mündliche Verhör in seinem geschichtlichen und jezigen Verhältnisse zu den übrigen Prozeß=Arten in Bayern. Passau 1841.

fragen für Ausmittlung des Sachverhaltes, nur der wesentliche Inhalt der Verhandlungen wurde niedergeschrieben, der Bescheid gemeinhin sofort ertheilt, und die etwa erforderliche weitere Verhandlung in abgekürzten Fristen und Terminen gepflogen.

Indessen war es eine natürliche Folge der Unbestimmtheit des Gesetzes, daß sich das Institut des „mündlichen Verhörs" in der Praxis sehr verschiedenartig zeigte, und in vielen Gerichten der neubayerischen Provinzen keine Wurzel faßte. Dasselbe näher zu bestimmen, zu erweitern, und überall, wo es bisher vernachlässigt worden, einzuführen, war eine Hauptaufgabe der neuesten, zunächst Abkürzung und Vereinfachung bezweckenden Prozeßgesezgebung. Der erste Abschnitt des Gesezes vom 17. Nov. 1837, einige Verbesserungen der Gerichtsordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten betreffend [1a]), befaßt sich mit dem beschleunigten Verfahren im mündlichen Verhöre, und stellt hierüber die Normen auf, welche nun hier dargelegt werden sollen.

Dieselben gelten nur für die Untergerichte. Ist eine Sache, für welche schon nach der Gerichtsordnung oder nach der oben (Note 15) erwähnten Novelle vom 16. Aug. 1779 beschleunigtes Verfahren ohne schriftliche Wechselsäze einzutreten hatte, in erster Instanz bei einem Obergerichte zu verhandeln, so geschieht dies protokollarisch vor einer Gerichtskommission, mit solchen Abkürzungen der Termine, wie sie der Beschaffenheit des Falles z. B. wegen Gefahr auf dem Verzuge angemessen, und mit Beobachtung der besondern Normen, welche für gewisse Fälle, z. B. bei Arrestgesuchen, Mandaten, allgemein verordnet sind.

1a) Gesetzblatt v. J. 1837 S. 41—102.

A. Von den Gegenständen des beschleunigten Verfahrens im mündlichen Verhöre.

1) Von den Sachen, die zum mündlichen Verfahren gebracht werden müssen.

Bei der Bestimmung derjenigen Gegenstände, die zum mündlichen Verfahren gebracht werden müssen, hat der Gesezgeber, welcher dieses Verfahren nicht als Regel, sondern nur als Ausnahme betrachtet wissen will [2]), in das Auge gefaßt, theils 1) die Geringfügigkeit des Streitgegenstandes und das Mißverhältniß des Kraft-, Zeit- und Kostenaufwandes des gewöhnlichen Verfahrens zu der Unbedeutenheit der Sache; theils 2) die Einfachheit des Sach- und Rechtsverhältnisses, wonach das gewöhnliche Verfahren — in Schriftsäzen oder Protokollarrecessen, — außer Verhältniß mit der Leichtigkeit der Entscheidung steht; oder endlich 3) die Nothwendigkeit einer schleunigen Entscheidung, weil die öffentliche Ruhe bedroht, oder sonst Gefahr auf dem Verzug ist, und ohne schnelle Rechtshülfe der im Wege des gewöhnlichen Verfahrens zu erkämpfende Rechtssieg dem Sieger nuzlos sein würde.

Nach diesem Gesichtspunkte sind folgende Sachen, deren Reihe sich durch analoge Anwendung nicht vermehren läßt [3]), dem mündlichen Verfahren zugewiesen [4]).

1) Klagen, welche in der Hauptsache an Geld oder Geldeswerth nicht über 100 fl., ohne Einrechnung der Zinsen [4a]), Kosten, Schäden

2) Motive §. 6.

3) Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis.

4) §. 1 des Ges.

4a) Auf den Unterschied zwischen usurae legales und conventio-

und Nutzungen betreffen. Zwischen dinglichen und persönlichen Klagen ist kein Unterschied und eben so wenig zwischen solchen, welche Sachen, gleichviel ob bewegliche oder unbewegliche; und denjenigen, welche Handlungen zum Gegenstande haben [5]).

Dagegen eignen sich nicht hierher Ansprüche, deren Gegenstand nicht in Geld angeschlagen werden kann; oder seinem Betrage nach zur Zeit noch ungewiß ist [5a]), desgleichen Klagen über Rechte und Gerechtigkeiten; das ganze Gebiet der confessorischen und der Negatorienklage ist sohin ausgeschlossen. Bei Forderungen jährlicher Renten [5b]) und sonstiger Bezüge [5c]) findet das mündliche Verhör nur dann statt, wenn nicht zugleich das Hauptrecht bestritten ist, d. h. wenn der Kläger nicht auf Anerkennung des Hauptrechtes, sondern nur darauf anträgt, den Beklagten zur Zahlung der verfallenen, 100 fl. nicht übersteigenden Renten oder sonstigen Bezüge zu verurtheilen [6]).

nales kommt hier nichts an; die 100 fl. stehen gleich den 50 fl. in Capitali" der Gerichtsordnung Kap. 3 § 3 Nr. 1 Wenn Zinsen, Kosten, Schäden und Nutzungen allein eingeklagt werden, so kommt es rücksichtlich der Frage über die Zulässigkeit des mündlichen Verhörs darauf an, ob die eingeklagte Summe den Betrag von 100 fl. übersteigt. —

5) Bl. f. Rechtsanwendung Bd. IV S. 165.

5a) Eine Taxation tritt hier nicht ein. A. M. v. Spies Erläuterungen zu dem Gesetze vom 17. Nov. 1837. 2te Aufl. Bamb. 1839. S. 16. cf. Bl. f. Rechtsanw. Bd. V. S. 201.

5b) Nicht Kapitalzinsen, sondern Bodenzinse, Stift und Gilt u. dgl. jährlich wiederkehrende Reichnisse sind hier gemeint.

5c) Z. B. Handlohnsreichnisse, Zehenten. Auch hier sind Bezüge aus bleibendem Rechtstitel gemeint, nämlich solche, welche nicht die Eigenschaft einer fixen Jahresrente haben.

6) Näheres Ebd. Bd. IV S. 166. Wenn sich die Bestreitung

2) **Streitigkeiten zwischen Eheleuten**, sofern es sich dabei nicht von **Trennung der Ehe** oder von **Vermögensrechten** im **Betrage von mehr als** 100 fl. **handelt**. Die streitigen Vermögensrechte können Alimentation, eheliche Schenkungen, die Dotalqualität gewisser Illaten, den Ersatz von Paraphernen u. dgl. betreffen. Nebstdem gehören hieher Irrungen über Erziehung der Kinder, Reklamationen wegen verweigerten Zusammenlebens, Klagen über Mißhandlungen und unordentlichen Lebenswandel u. dgl. [7]).

3) **Streitigkeiten zwischen Familiengliedern** (verschwägerte Personen und Pflegekinder einbegriffen), welche zusammen in demselben Hause wohnen, **zwischen Hausgenossen**, **zwischen Handwerksmeistern und Gesellen oder Lehrjungen**, **zwischen Dienstherren und Dienstboten**, **zwischen Gewerbsunternehmern und ihren Arbeitern** [7a]), **bei allen diesen hinsichtlich ihres gegenseitigen**, noch bestehenden, **häuslichen**, **dienstlichen oder gewerblichen Verhältnisses** [8]). Diese Vorschrift bezieht sich nicht

des Hauptrechtes erst aus der Vernehmlassung des Beklagten ergibt, so kann jeder Theil auf Verweisung der Sache zum gewöhnlichen Verfahren antragen.

7) Ebd. S. 167. Alles obige bezieht sich nur auf Eheleute, die noch in der Ehe leben, d. h. nicht durch den Richter geschieden sind. Verhandl. der Kammer der Abg. der Ständeverf. v. J. 1837. Bd. VIII S. 186.

7a) Worunter Bedienstete höherer Kategorien z. B. Buchhalter, Verwalter u. dgl nicht zu verstehen.

8) Erläut. in den Bl. f. Rechtsanw. a. a. O. S. 168, 169. Unter den häuslichen Verhältnissen sind wohl solche zu verstehen, welche entweder das Zusammenleben betreffen oder durch dieses bedingt sind z. B. Benützung der zum Gebrauch der Haus- oder Wohnungsgenossen bestimmten Räumlichkeiten

auf streitige Familien-Verhältnisse, wie z. B. bei Ansprüchen der Kinder auf Grundtheilung, Dotation, Verehelichungs-Consens ꝛc. ꝛc. Eben so wenig geht sie z. B. auf Entschädigungsklagen eines Gewerbsunternehmers gegen einen Arbeiter, eines Dienstherren gegen den Dienstboten wegen Beschädigungen, welche von diesen durch schlechte Arbeiten oder Dienstversäumnisse zugefügt worden sind.

4) Streitigkeiten zwischen Vermiethern und Miethern von Wohnungen, Läden, Werkstätten, in Betreff des Miethverhältnisses seinem ganzen Umfange nach, so lange solches wirklich noch besteht; dann Streitigkeiten aus einem bereits aufgelösten oder aus einem früheren, unter anderen Bedingungen erneuerten, Miethverhältnisse, insoferne dieselben sich nicht weiter als auf das zulezt verflossene Miethjahr zurückbeziehen [9]).

5) Streitigkeiten der noch auf der Reise begriffenen Reisenden jeder Art mit Wirthen, Fuhrleuten, Schiffern und Flößern oder Handwerkern über Zechen, Fuhrlöhne oder Handwerks-Conten, welche aus Anlaß der noch nicht vollendeten Reise entstanden sind [10]).

und Geräthschaften, Beobachtung der hergebrachten Hausordnung und Disciplin, Verbindlichkeiten zur Leistung gewisser häuslicher Dienste, auch etwa Beleidigungen und Beschädigungen, bezüglich der daraus fließenden Störung des Hausfriedens. — Ueber die hier einschlagende Kompetenz der Polizeibehörden s. Komment. I S. 185 f.

9) Siehe die Erläut. Ebd. S. 170. Insbesondere Klagen auf Zahlung des Miethgeldes, Streitigkeiten über Einzug und Auszug, über Reparaturen in der Wohnung, über Deteriorationen u. dgl.

10) S. Näheres hierüber Ebd. S. 183, 184. Unter den Reisen-

6) Streitigkeiten über Gegenstände des Handels und Wandels auf Messen und Märkten, soferne sie nicht den bestehenden oder noch zu errichtenden Handels- oder Meßgerichten zugewiesen sind [11]), oder zugewiesen werden.

Der zum mündlichen Verhör zu bringende Streit muß sich [12])

a) auf den Verkehr beziehen, wie er auf Messen und Märkten (Vieh-, Wollen-, Hopfen- u. dgl. Märkte einbegriffen) stattfindet; mag er nun

b) die Verhältnisse zwischen Kaufleuten, zwischen Verkäufern und Käufern, oder die Beziehungen zu dem Hülfspersonale des Markt- und Meßverkehrs, insbesondere zu den Mäcklern betreffen [12a]). Es macht

c) keinen Unterschied, ob gegen einen Einwohner des Marktortes oder gegen einen Auswärtigen geklagt wird; soferne nur

den sind auch Kutscher, Fuhrleute, Schiffer und Flößer zu verstehen, wenn sie auf der Fahrt mit Wirthen über die Zeche, mit Handwerkern über die Vergütung ihrer Dienstleistungen (etwa zu Reparaturen) oder über die Zahlung von Reiserequisiten in Streit gerathen. Auf die actio de recepto findet obige Vorschrift keine Anwendung.

11) Vgl. Kommentar Bd. I S. 147. Im Falle der Zuweisung an ein besonderes Handels- oder Meßgericht richtet sich auch das Verfahren nach den besonderen für dieses geltenden Normen.

12) Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV S. 185. — Ueber die Kompetenz der Polizeibehörden zur Schlichtung von Streitigkeiten, welche auf Wochenmärkten vorfallen, s. Komment. Bd. I S. 186.

12a) Gemeine Darlehen, Forderungen für Wohnungsmiethe, für Verabreichung von Speisen und Getränken gehören nicht hieher.

d) die Anstellung der Klage noch während der Dauer der Messe oder des Marktes geschieht [12b]), und zwar bei dem Gerichte, in dessen Bezirke der Markt oder die Messe gehalten worden, wobei

e) hinsichtlich der Kompetenz in Bezug auf Fremde und Angehörige anderer Gerichte, die allgemeinen Regeln, insbesondere die über den Gerichtsstand des Kontraktes [13]) und des Arrestes [14]) zur Anwendung kommen.

7) Streitigkeiten wegen Beschädigung von Bäumen, an Garten- und Feldfrüchten, an Weinstöcken und Einfriedungen, an Wasserleitungen, Abflüssen, Wässerungsanlagen, Pfaden und Wegen [14a]), wegen veränderter Grenze durch Verrückung von Grenzzeichen, Beschädigung durch Ueberackern, Ueberfahren, Viehweiden, Grasen, Mähen, Erndten, Einherbsten, soferne die Beschädigung nicht schon vor Ablauf eines Jahres von Anstellung der Klage zurück geschehen ist. Dabei wird vorausgesezt, daß es sich nicht um Erörterung und Anerkennung eines dinglichen Rechtes oder eines vertragsmäßigen Verhältnisses handelt, sondern nur davon, ob und in welchem Maaße durch Verlezung eines unbestrittenen Rechtes, oder, abgesehen von dem Dasein einer materiellen Rechtsverlezung, durch eine formell rechtswidrige Handlung Schaden zugefügt wurde. Das judicium finium regundorum gehört daher nicht hie-

12b) Daß die Klage dem Beklagten auch schon vor dem Schluß der Messe mitgetheilt, oder daß gegen ihn eine Ladung ergangen war, ist nicht erforderlich.

13) Kommentar Bd. I S. 63.

14) Ebd. S. 76.

14a) Brücken sind auch ein Stück Weges.

her [14b]); dagegen ist es insbesondere das Gebiet der Aquilischen Klage, des interdictum quod vi aut clam, der aquae pluviae arcendae actio, auf welchem diese Vorschrift ihren Wirkungskreis hat [15]).

8) Klagen wegen offenbar kundiger Frevel [16]), Vergewaltigungen (unten §. 4 VII) und Attentate (Verlezungen des Grundsazes, daß während des Prozesses an der Lage der Sache nichts verändert werden soll [17]), wobei es im Sinne des Gesezes liegt, daß die Klage alsbald, nachdem die Eigenmacht begangen worden, und wenigstens noch vor Ablauf eines Jahres erhoben wird [18]); Klagen, welche den jüngsten Besiz betreffen, Alimentationssachen, insoferne es sich von gegenwärtigen und künftigen Alimenten handelt [19]),

14b) Im Art. 11 Nr. 12 und 13 vgl. mit Art. 16 des Gerichtsverfassungs-Gesezes vom 25. Juli 1850 sind auch Streitigkeiten wegen Verrückung der Grenzzeichen, Klagen auf Festsezung oder Bezeichnung der Grenzen, — dem beschleunigten Verfahren im mündlichen Verhör zugewiesen.

15) Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV S. 186.

16) Kreittmayr's Anmerk. zur Gerichtsordn. Kap. III. §. 3 Nr. 4 lit. d: „facta nullo jure justificabilia," d. h. alle Handlungen, welche, sollten sie auch das materielle Recht nicht verlezen, doch durch den Charakter der Eigenmacht in das Gebiet des Unrechts fallen. „Offenbar kundig" sind sie, wenn die Ungebühr des Angreifers offen zu Tage liegt, so daß eine nähere Erörterung des Rechtsverhältnisses der Parteien nicht vonnöthen ist. Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV S. 188.

17) Gerichtsordn. Kap. XV §. 8. Kommentar z. a. St.

18) Bl. f Rechtsanw. Bd. IV S. 188.

19) Ebd. S. 189. Insbesondere in Fällen, wo entweder die Alimentationsverbindlichkeit schon feststeht, oder vor der Hand nur ein Provisorium zu treffen ist. Vgl. unten lit. D. Da-

Klagen auf Abstellung der Selbsthilfe und andere ohne Gefahr nicht leicht verschiebliche Sachen [20]).

9) Ehrenbeleidigungen, insoferne nur auf Ehrenerklärung geklagt wird [21]).

Bei den unter Nr. 3 bis 8 erörterten Gegenständen kommt es auf den Werth des Streitobjektes nicht an; das beschleunigte Verfahren tritt auch dann ein, wenn die Summe, um welche gestritten wird, den Betrag von 100 fl. übersteigt [22]).

gegen gehören nicht hieher Paternitätsprozesse, welche auf definitive Feststellung der Vaterschaft und folgeweise auch der Alimentationsverbindlichkeit gerichtet sind, ebensowenig Rechtsstreite in Folge von Ehescheidungen, durch welche die definitive Regulirung der Alimentationsfrage, in Bezug auf Ehefrau und Kinder, herbeigeführt werden soll. Gett prakt. Erört. S. 160 f.

20) Ueber Provisorien s. unten S. 38; über Incidentsachen S. 24 ff., über Arrest- und Sequestrationssachen, welche gleich den Baustreitigkeiten hieher gehören, s. unten Komment. zu Kap. VIII §. 6 Abth. VI und §. 7 S. auch oben S. 11.

21) Der Umfang dieser Bestimmung ist vollkommen klar. Man kann daher weder der Ansicht Pucht a's (Anleitung zur Civilprozeßpraxis in Bayern nach dem Gesez vom 17. Nov. 1837. Erlangen 1838. S. 25) beipflichten, welcher alle — auf dem Grunde des Preußischen Rechtes erhobenen Injurienklagen in den Kreis der mündlichen Verhörssachen ziehen will; noch der entgegengesetzten Ansicht, welche von Spies (Erläuterungen zu dem Geseze vom 17. Nov. 1837 S. 21), aufstellt, und nach welcher auch die Klagen auf Ehrenerklärung, wenn sie nach Preußischem Rechte erhoben werden, dem regelmäßigen Verfahren zuzuweisen sind. Bl. f. Rechtsanw. Bd. V S. 81.

22) Ständeverh. Bd. VIII. S. 181 u. 321.

In allen oben aufgeführten Fällen bleibt die Kompetenz der Polizeibehörden nach den bestehenden Verordnungen aufrecht erhalten [23]).

Durch die Bestimmungen des §. 1 Nr. 1—9 des Gesezes vom 17. November 1837 ist der Kreis derjenigen Sachen, welche zum mündlichen Verhöre gebracht werden müssen [23a]), und für welche das gewöhnliche Verfahren selbst nicht auf den übereinstimmenden Antrag beider Parteien eingeleitet werden darf [24]), abgeschlossen, und diejenigen Sachen, die nach besonderen Verordnungen summariissime zu verhandeln sind, eignen sich, soferne nicht bei ihnen eine der in dem Geseze §. 1 Nr. 1—9 aufgezählten Voraussezungen eintritt, nicht zu dem beschleunigten Verfahren im mündlichen Verhöre, sondern zu dem gewöhnlichen Verfahren [25]), welches ohnehin, so wie es sich durch das Gesez vom 22. Juli 1819 gestaltet hat, in Verhältniß zu dem processus summarius im Sinne

23) Vgl. Kommentar Bd. I S. 183 f. Mit dieser Bestimmung ist aber keineswegs gemeint, daß die Polizeibehörden in dergleichen Fällen sich nach den Vorschriften des Gesezes vom 17. Nov. 1837 zu richten haben; sie verfahren nach den für polizeiliche Verhandlungen bestehenden Normen. A. M. v. Spies Erläut. 11, 16.

23a) Wenn indessen eine zum mündlichen Gehör geeignete Sache im gewöhnlichen Verfahren verhandelt wurde, so ist dies kein Fall unheilbarer Nichtigkeit. Vgl. Komment. zu Kap. XVI §. 2 Abth. 1 Nr. 1. S. auch Bl. f. RA. Bd. X S. 329.

24) Bl. f. RA. Bd. VI S. 17. Anders gestaltet sich die Sache bei einer Widerklage; eignet sich auch diese an sich zum beschleunigten Verfahren, so kann sie doch im gewöhnlichen Verfahren angebracht und verhandelt werden, wenn die Klage in diesem angebracht ist. Bl. f. Rechtsanw. Bd. VI S. 19—21.

25) v. Spies a. a. O. S. 22.

der Gerichtsordnung [26]) den Charakter eines höchst summarischen an sich trägt.

Jedoch hat der Richter zum Zwecke der schleunigen Behandlung solcher Sachen auf die in der Gerichtsordn. Kap. VI §. 16 Nr. 1 enthaltene Anweisung zu abgekürzten Terminen seine Aufmerksamkeit zu richten [27]).

Dieselbe Regel muß man auch anwenden bei Incidentsachen [28]).

Nach der Gerichtsordnung war für diese ein schleuniges, abgekürztes Protokollarverfahren angeordnet. Unter die Fälle des mündlichen Verhörs wurden dieselben, zufolge der Motive [29]), deßwegen nicht aufgenommen, weil Incidentsachen selbstständige Sachen seien, zu demjenigen Verfahren sich eignend, welches ihrem Streitgegenstand angemessen; Incidentpunkte aber sich nach dem Verfahren in der Hauptsache richten, zu welcher sie gehören [30]). In der Berathung der Kammer der Abgeordneten stellte Freihr.

26) Vgl. oben §. 1.

27) Die Sachen der Art sind:

1) Sponsaliensachen. Verord. v. 2. Mai 1806. Regierungsbl. S. 175.
2) Bergsachen. Verordn. v. 14. Sept. 1809. Regierungsbl. S. 1577.
3) Bierschuldforderungen. Verordn. v. 25. April 1811. Regierungsbl. S. 634.
4) Ehestreitigkeiten der Protestanten. Rescr. v. 15. Okt. 1813. Moritz Novellen S. 177.
5) Postrechtssachen. Verordn. v. 31. Juni 1817. Regierungsbl. S. 733.

28) Ueber den Begriff derselben vgl. Kommentar Bd. I S. 104 Note 32.

29) §. 14 S. 28.

30) Ueber den Unterschied zwischen Incidentsachen und Incidentpunkten (Komment. I S. 105 Note 32.)

v. Holzschuher den Antrag, „bloße Incidentien und Nebensachen" dem Verzeichnisse der Gegenstände des mündlichen Verhörs unter Nr. 10 beizufügen. Nachdem aber der k. Kommissär auf die bereits in den Motiven geäußerten Bedenken aufmerksam gemacht, jedoch erklärt hatte, nach der Natur der Incidentien müsse ihnen auch im gewöhnlichen Verfahren in Gemäßheit Gerichtsordnung VI §. 16 Nr. 1 schleunige Behandlung zu Theile werden, faßte die Kammer den Beschluß, obigem Antrage die Zustimmung zu versagen [31]). — Eignet sich die Incidentsache nach ihrem Gegenstande, z. B. ein Attentat betreffend, oder wegen obwaltender Gefahr auf dem Verzuge zum mündlichen Verhöre, so ist sie in diesem zu verhandeln, ohne daß das Verhältniß zu der in der gewöhnlichen Prozedur verhandelten Hauptsache ein Hinderniß wäre.

In die Sphäre des processus summariissimus gehörten früher die Fälle des sog. Konsistorialprozesses; s. hiervon unten S. 46 ff.

2) Von der Uebereinkunft der Parteien über die Verhandlung anderer Rechtssachen im mündlichen Verhöre [32]).

Die Parteien so wie deren mit gehöriger, die Führung des ganzen Rechtsstreites umfassender Vollmacht [33]) versehene Anwälte können außer den unter Nr. 1 bemerkten Gegenständen durch Uebereinkunft jede andere Rechtssache im mündlichen Verhöre verhandeln lassen [33a]).

31) Verh. d. K. d. A. Bd. VIII S. 301. 303—304.

32) Ges. §. 3.

33) Vgl. unten Kap. VII §. 9.

33a) Auch hier durfte der in der Nov. v. 22. Juli 1819 vorgesehene Fall auszunehmen sein, wenn der Richter eine beson-

Diese Uebereinkunft kann ausdrücklich oder stillschweigend geschlossen werden; im letztern Falle wird ein konkludentes Faktum erfordert [34]). Die Uebereinkunft wird insbesondere dann als geschlossen angenommen, wenn der Kläger bei dem Anbringen der Klage verlangt, daß dieselbe im mündlichen Verhöre verhandelt werde, und, wenn sodann der Beklagte, nachdem er von dem Richter in der Vorladung auf sein Recht aufmerksam gemacht worden ist [34a]), an dem bestimmten Tage bei Gericht erscheint, und auf die Klage antwortet, ohne wider die Einleitung des für Sachen des mündlichen Verhörs vorgeschriebenen Verfahrens Einspruch zu thun; und eben so wenn der Beklagte eine nach der Gerichtsordnung Kap. VIII §. 1 Nr. 2 zulässige, an sich zum mündlichen Verhöre nicht geeignete, Widerklage vorbringt, und der auf sein Recht aufmerksam gemachte Widerbeklagte sich auf die Widerklage erklärt.

Die ausdrücklich oder stillschweigend geschlossene Uebereinkunft wirkt auf den ganzen Prozeß und kann einseitig nicht zurückgenommen werden [35]).

Noch ist zu bemerken, daß der Beschluß des Unterrichters, vermöge dessen eine (zum gewöhnlichen Verfahren gehörige) Sache im mündlichen Verhöre verhandelt werden soll, keine unheilbare Nichtigkeit begründe [35a]).

ders verwickelte Sache, z. B. eine Rechnungssache, dem schriftlichen Verfahren zuzuweisen für angemessen findet.

34) Ständeverh. Kamm. der Abg. v. J. 1837 Bd. VIII S. 373.

34a) Dies kann auch am Beginn der Verhandlung nachgetragen werden.

35) Vergl. §. 1 Nr. 18 oben. Bl. f. Rechtsanw. Bd. V S. 284.

35a) Weil (sagen die Motive eines OAGE. vom 12. Jänner 1852) ihm weder defectus citationis noch jurisdictionis zum Vorwurf gemacht werden kann und nach §. 52 Nr. 3 gegen einen solchen Beschluß nicht einmal eine selbstständige Beru-

B. Von Zulässigkeit der Klagenhäufung und der Widerklage im mündlichen Verhöre [36]).

Klagenhäufung ist im mündlichen Verhöre nur insofern zulässig, als die mehreren Klagen unter dieselbe Nummer, wie sie oben von 1 bis 9 aufgeführt worden sind, gehören [37]); also bei den zu Nummer 1 gehörigen Sachen nur dann, wenn jede einzelne Sache den Betrag von 100 fl. in der Hauptsache nicht übersteigt, wenn auch die Beträge der mehreren Sachen zusammengerechnet mehr als 100 fl. ausmachen [38]). Im Uebrigen versteht es sich von selbst, daß die allgemeinen Vorschriften über Klagenhäufung in Gerichtsordnung Kap. IV §. 9 auch im mündlichen Verhöre zur Anwendung kommen [38a]).

Eine nach der Gerichtsordnung Kap. VIII §. 1 Nr. 2 zulässige Widerklage findet mit der Wirkung gleichzeitiger Verhandlung nur dann statt, wenn sie gleichfalls zum beschleunigten Verfahren im mündlichen Verhöre geeignet ist [39]); dadurch ist jedoch die Uebereinkunft der Parteien,

fung stattfindet. Arends Samml. int. Erk. Bd. IV S. 50 f. S. auch Bl. f. RA. Bd. VII Nro. 2 S. 78. Komment. zu Kap. XVI §. 2

36) Vgl. oben Note 24.

37) Ges. §. 2.

38) Bl. f. Rechtsanw. Bd. V S. 203. Dies bezieht sich jedoch nicht auf mehrere Posten der nämlichen Forderung.

38a) Daß die mehren Klagen auch einerlei Quellen haben müssen, möchte im Hinblick auf die Fassung des §. 2 der Novelle zu bezweifeln sein.

39) Ges. §. 2 Abs. 2 Daß die Widerklage zu derselben Nr. des §. 1 der Novelle gehöre, wie die Vorklage, ist nicht erforderlich.

eine hiernach zum mündlichen Verhöre an sich nicht geeignete Widerklage dennoch in diesem verhandeln zu lassen, nicht ausgeschlossen [40]). Auch außer diesem Fall hat die Anbringung der zum mündlichen Verhör nicht geeigneten, und daher zur besonderen Verhandlung zu verweisenden Widerklage die Wirkung, daß nunmehr der Gerichtsstand der Vorklage auch für die Widerklage begründet ist, und der Beklagte nur mit Vorbehalt der Nachklage verurtheilt und auf Verlangen erst nach vorgängiger Kautionsleistung auf Seite des Klägers zur Zahlung angehalten werden kann.

C. Von dem Verfahren im mündlichen Verhöre [41]).

Das Verfahren im mündlichen Verhör soll im Allgemeinen mehr ein conciliatorisches als ein eigentlich prozessualisches sein [42]); sein nächster Zweck ist, daß gütliche Vermittlung bewirkt werde; weßhalb, nachdem sich die Parteien vollständig über das Verhältniß der Sache erklärt haben, und diese Erklärungen durch die von dem Richter nach Ermessen zu stellenden Fragen und die hierauf erfolgenden Antworten hinlänglich erläutert, berichtigt und vervollständigt sind, vor allem der Vergleich versucht wird, welcher Versuch nach vollendetem Beweisverfahren, wenn es dazu kommt, zu wiederholen ist [43]), indem sonst Richtigkeit des Enderkennt-

40) Puchta Anleitung zur Civilprozeßpraxis S. 28.

41) Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV S. 199 f.

42) Motive §. 3 u 6.

43) Gesez §. 9 Abs. 2, § 13. Zu dem lezteren Sühneversuch sind beide Parteien unter dem Präjudize zu laden, daß bei ihrem Ausbleiben angenommen werde, sie wollten sich nicht vergleichen. Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV S. 206. Note.

nisses eintritt, jedoch nur heilbare [44]). Schlägt der Versuch fehl, so soll das Verfahren selbst einfacher, kürzer, minder kostspielig, schneller zum Ziele führend sein, als das mündlich-protokollarische oder das rein schriftliche Verfahren. Die Verhandlung ist bloß mündlich [44a]), mit Erläuterung, Berichtigung und Vervollständigung der Erklärungen der Parteien durch Fragen des Richters, der nur das Ergebniß der gegenseitigen Erklärungen nach deren wesentlichem Inhalt zu Protokoll bringen läßt. Die Aufgabe des Richters ist hier, selbstthätig für Ausmittlung der vollen Wahrheit und des materiellen Rechtes zu wirken. In Anbetracht der Schwierigkeit und Wichtigkeit dieser Aufgabe ist verordnet, daß zur Leitung des mündlichen Verhörs nur wirkliche mit dem Richteramte bekleidete Staatsdiener verwendet werden können, bei Vermeidung der Nichtigkeit der Verhandlung und Zuweisung der hiedurch veranlaßten Kosten an den Gerichtsvorstand [45]).

Der nähere Gang und die specielleren Vorschriften bei dem mündlichen Verhöre sind folgende:

Die Parteien, welchen gestattet ist, bei der Verhand-

44) Ebd. vgl. mit Komment. Bd. IV zu Kap. XVI § 2 Abth. III S. 189. S. auch Bl. f. RA. Bd. X S. 368, wo bemerkt wird, daß die Praxis nicht geneigt sei, der Außerachtlassung obiger Vorschrift die Folge einer Urtheilsvernichtung von Amtswegen — zu geben.

44a) Schriftliche Eingaben und Anträge, die sich nicht auf die Verhandluug selbst beziehen, insbesondere Beweisantretung und Fristgesuche, sind nicht ausgeschlossen. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 52, 78.

45) Ges. §. 9 Abs. 3. Auch unter Respicienz einer Richteramtsperson können Rechtspraktikanten, Accessisten und Funktionäre das mündliche Verhör durchaus nicht abhalten, vgl. Bl. f. Rechtsanw. Bd. V S. 215, Bd. X S. 399.

lung allein, oder mit oder durch Anwälte zu erscheinen[46]), können an den für die mündlichen Verhöre bestimmten Gerichtstagen ohne Vorladung bei Gericht sich stellen, und über die Klage, soferne sie nicht unzuläſſig befunden wird, verhandeln. Außer dieſem Falle bringt der Kläger ſeine Klage beſonders an[47]), und zwar entweder durch mündliche Anmeldung oder durch ſchriftliche Einreichung. Ueber erſtere wird ein kurzes Protokoll, enthaltend:

a) Namen, Stand, Wohnort der Parteien;

b) Bezeichnung des Gegenſtandes und Grundes der Klage;

c) Bemerkung des Tages und der Tagszeit der Verhandlung;

d) Ladung der Parteien mit der Bemerkung der Ungehorſamsfolge, wo eine ſolche ſtattfindet[47a]);

aufgenommen, und hieraus der weſentliche Inhalt in die an den Beklagten ergehende Ladung eingerückt.

Die ſchriftlich eingereichte Klage dagegen wird der gleichfalls auf die eben erwähnte Weiſe erfolgenden Ladung des Beklagten beigelegt, und der Kläger beſonders vorgeladen. Die Tagfahrt zur Verhandlung iſt auf einen der nächſtfolgenden Gerichtstage anzuſezen; ein mehr als vierzehntägiger Aufſchub gilt für Juſtizverzögerung[48]).

46) Geſ. §. 4.

47) Ebd. §. 5.

47a) Vgl. hierüber §. 7, 8 des angeführten Geſ. — Wenn die Klage nicht zu denjenigen gehört, welche zum mündlichen Gehör gebracht werden müſſen, ſo kann nicht einmal der Koſtenerſaz angedroht werden; indem hier das Nichterſcheinen nicht als Ungehorſam, ſondern als ſtillſchweigende Ablehnung der Prozeßart aufzufaſſen wäre.

48) Ebd. §. 6.

Als eigenthümliche Folgen des Ungehorsams [49]) sind hervorzuheben: der Rechtsnachtheil der Annahme der Klageentsagung für den Kläger, welcher eine bereits einmal in Folge seines Nichterscheinens bei der zur Verhandlung bestimmten Tagfahrt als beruhend erklärte Klage später wieder anmeldet, und bei der neuen Verhandlungstagfahrt abermals nicht erscheint [50]); die Annahme, daß, wenn es sich um eine Sache handelt, welche nur vermöge Uebereinkunft zum mündlichen Verhöre gebracht werden kann, ohne daß eine solche Uebereinkunft bereits besteht, der ausgebliebene Beklagte die Anstellung der Klage im gewöhnlichen Verfahren, wohin der Kläger verwiesen wird, erwarte [51]). Auch muß auf Ausbleiben des Beklagten auf die erste Ladung zur Verhandlungstagfahrt in dieser die etwa zuvor bloß mündlich angemeldete Klage nun umständlich zu Protokoll genommen werden [52]).

Das mündliche Verhör beginnt mit einer ausdrücklichen Belehrung der Parteien über die Folgen des Nichtantwortens oder nicht vollständigen Antwortens [53]); sodann läßt der Gerichtskommissär die beiden Theile vorerst sich gegen

49) Ueber die allgemeinen Folgen des Ungehorsams s. u. zu Kap. V. §. 10 u. 11 und Kap. XVII §. 4.

50) Ges. §. 7. S. Bolgiano vergl. Darst. S. 39.

51) Bleibt in einem solchen Falle der Kläger das zweite Mal aus, so kann er seine an sich zum gewöhnlichen Verfahren gehörige Klage auch dort nicht mehr geltend machen. Samhaber a. a. O. S. 16 Note *.

52) Ges. §. 8.

53) Ges. §. 9 f. u. zu Kap. V §. 10 u. 11. Uebrigens kommen diese Folgen im mündlichen Verhöre nur für den Fall „des beharrlichen Verweigerns einer Antwort oder einer speciellen Antwort auf die gegnerischen Asserten" in Anwendung. Motive §. 3 S. 16.

einander aussprechen, ohne auf diese Wechselreden die Regeln und Formen des gewöhnlichen Verfahrens, z. B. über die Verbindung der Einreden mit der ersten Antwort auf die Klage, — in Anwendung zu bringen; er sucht hiebei durch Fragen und Zwischenreden den wahren Sachverhalt auszumitteln und den Streitpunkt aufzuklären, ohne in dieser amtlichen Thätigkeit von der Verhandlungsmaxime beengt zu sein [54]). In Folge der Natur des mündlichen Verhörs gilt „für das gegenseitige Vorbringen in demselben „keine feste Ordnung mit Präklusion dessen, was nicht in „derselben successiv zum Vorschein gekommen; es gibt kein „exzeptisches, replikativisches u. s. w. Handeln in der sonstigen prozeßrechtlichen Bedeutung, sondern jeder zur Sache „dienende Umstand, er mag von dem Beklagten, und so „auch gegenantwortsweise von dem Kläger, eher oder später, „wenn nur vor dem Schlusse des Verhörs, und vor der „der Niederschreibung des status causae et controversiae „vorgebracht sein, muß gehört und zur Ergänzung der „Streitdarlegung zugelassen werden." [55])

Dieses hindert jedoch nicht, daß der Richter die Ord-

54) Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV S. 200. Wenn sich in dem Verhandlungsprotokolle bestimmte Erklärungen einer Partei über die von der anderen behaupteten relevanten Thatsachen nicht finden, und eben so wenig bemerkt ist, daß dieser Mangel seinen Grund in einer Antwortsverweigerung hat, so liegt hierin eine Vernachlässigung der Richteramtspflicht, die Parteien zu bestimmten Erklärungen über die gegnerischen Behauptungen zu veranlassen, welche auf Beschwerdeführung des Benachtheiligten die Aufhebung der Verhandlung und des darauf gestützten Erkenntnisses und die Anordnung einer nochmaligen Verhandlung zur Folge haben muß.

55) Puchta Anleit. zur Civilprozeßpraxis ꝛc. S. 46. A. M. v. Spies Erläuterungen ꝛc. S. 26 f. f. dag. Motive §. 3 S. 17. f. Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV S. 202.

nung der Wechselrede aufrecht erhalte, in der Art, daß auf den mündlichen Vortrag der Klage die Antwort des Beklagten folge, hierauf, wenn Stoff dazu vorhanden, die Erwiederung des Klägers, und so mit Zulassung gegenseitiger Erklärungen fortgefahren werde, bis das Sachverhältniß und die Streitpunkte vollständig aufgeklärt sind.

Erst wenn durch die gegenseitigen Erklärungen und etwa mit Hülfe der richterlichen Fragen das Sachverhältniß vollständig ausgemittelt und der Streitpunkt festgestellt, und nachdem hierauf der Vergleich erfolglos versucht worden ist, soll zur Protokollirung des Ergebnisses der Streitverhandlung geschritten werden. „Wenn eine Partei rück„sichtlich des Niedergeschriebenen Anstände erhebt, oder Ab„änderung verlangt, muß der erhobene Anstand oder die „verlangte Abänderung nachträglich zu Protokoll genommen „werden" [56]).

Wird eine frühere, mit voller Bestimmtheit abgegebene und hiernach niedergeschriebene Aeußerung vor der Unterschrift zurückgenommen, so ist diese Zurücknahme gleichfalls beizufügen, deren Wirksamkeit aber nach den Regeln über die Zurücknahme gerichtlicher Geständnisse zu beurtheilen [57]).

Findet der Richter Mängel an der Fähigkeit eines Theiles, überhaupt oder allein vor Gericht zu handeln, oder an der Legitimation zur Sache, oder sonst an irgend einer gesezlichen Vorbedingung zur wirksamen Verhandlung (von welchen Anständen der Richter, wenn er sein Prüfungsamt zweckmäßig anwendet, und nicht eher mit Ansezung des Verhörstermins und Vorladung des Beklagten verfährt, bis

56) Verh. d. K. d. A. Bd. VIII S. 510.

57) Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV S. 203. s. unten zu Kap. XII §. 1.

der Kläger seiner Schuldigkeit genügt hat, die meisten schon bei der Anmeldung der Klage aus dem Wege wird räumen lassen können [58])); oder bringt der Beklagte erhebliche verzögerliche Einreden vor: so ist sogleich das Sachgemäße zu verfügen, und entweder (wenn nach den Umständen die Beseitigung des Mangels mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist) mit Vorbehalt der nachträglichen Erfüllung des richterlichen Auftrages schließlich zu verhandeln, oder, so ferne dieses der Richter nicht angemessen findet, neue Tagfahrt zur Erfüllung des Auftrages und zur Verhandlung selbst anzusezen [58a]). Ist eine Ersezung zu machen, so ordnet der Richter dieselbe bei der nemlichen Tagfahrt an, und ladet die Parteien auf einen neuen Termin vor [59]). In dem einen wie in dem anderen Falle sind die getroffenen Verfügungen zu Protokoll niederzuschreiben und den Parteien sofort zu eröffnen [60]).

Ist die Sache zum endlichen oder Beweiserkenntnisse reif, so wird dieses von dem Richter, welcher das mündliche Verhör gepflogen hat, mit kurzen Gründen, in der

58) Puchta a. a. O. S. 56.

58a) Liegt es am Kläger, den Anstand zu beseitigen, so wird demselben bei Anberaumung der in §. 7 Abs. 1 der Novelle bestimmte Rechtsnachtheil angedroht.

59) Ges. §. 10. Wird durch das Vorbringen des für den Kläger erschienenen Anwalts, bezüglich einer Einrede des Beklagten nicht informirt zu sein, die Anberaumung einer zweiten Tagfahrt nöthig, so ist gleichwohl das Ergebniß der in der ersten Tagfahrt gepflogenen Verhandlung niederzuschreiben, und der Beklagte ist nicht befugt, in der zweiten Tagfahrt die in der ersten Tagfahrt gemachten Zugeständnisse zurückzunehmen, um neue Einreden (abgesehen von den allgemeinen Gründen der Zulässigkeit neuen Vorbringens) nachzutragen. Bl. f. RA. Bd. XVII S. 209, 407. Abw. v. Zoller ebd. S. 401.

60) Puchta a. a. O. S. 55.

Regel nach dem Abtreten der Parteien [60a]) sogleich zu Protokoll diktirt und den wieder vorgerufenen Parteien eröffnet [61]). Nur ausnahmsweise aus zureichenden, zu den Akten zu bemerkenden Gründen [61a]), ohne welche der Aufschub als Justizverzögerung gilt, kann die Erlassung des Erkenntnisses auf einen der nächsten Gerichtstage, jedoch nie über acht Tage hinaus, verschoben werden, welcher Gerichtstag sogleich zu bestimmen und den Parteien zu eröffnen ist.

Liegt der Grund des Aufschubes in der Schwierigkeit der Entscheidung, so hat der Richter, wenn das Gericht ein Kollegialgericht ist, dem Kollegium Vortrag zu erstatten [62]) und die Urtheilsschöpfung binnen längstens 14 Tagen zu veranlassen. Eine Entscheidung bloß „nach Billigkeit" findet im mündlichen Verhöre nicht statt [63]).

In der Natur des mündlichen Verhöres liegt es im

60a) Das Abtreten der Parteien ist nicht gerade erforderlich, wenn der Richter bei der Einfachheit der Sache kein Besinnen braucht und zu sofortigem Diktiren des Bescheides bereit ist.

61) Ges. §. 11. Dies gilt nur für den Fall, wenn beide Parteien anwesend sind; im entgegengesezten Falle ist besondere Ladung zur Verkündigung des Bescheids zu erlassen. Bl. f. Rechtsanw. Bd. V S. 219.

61a) Z. B. besondere Schwierigkeit der Entscheidung, Dazwischenkunft anderer dringender Amtsgeschäfte.

62) „Bei Landgerichten, die zwar keine kollegiale Verfassung haben, jedoch außer dem Landrichter noch aus zwei oder wenigstens aus Einem zum Richteramte befähigten und bestellten Nebenbeamten bestehen, tritt in der That nach der Absicht des Gesezgebers eine analoge Anwendung und die (dienstliche) Verpflichtung zur Rücksprache und gemeinschaftlichen Berathung über den kritischen Fall ein." Puchta a. a. O. S. 58.

63) Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV S. 207.

Allgemeinen nicht, zu den thatsächlichen Anführungen der Klage, Einreden u. s. w. sofort die Beweise beizubringen. Hat jedoch eine Partei die Urkunden, aus welchen Klage oder Einreden u. s. w. abgeleitet werden, sofort mit vorgelegt, so hat der Gegner nach den allgemeinen Regeln sich darüber im Laufe der Verhandlung zu erklären, und der Richter diese Erklärung nöthigen Falls unter Hinweisung auf das gesezliche Präjudiz — durch bestimmte Fragen zu veranlassen [64]).

In denjenigen Fällen des mündlichen Verhöres, deren besondere Natur, wie das possessorium summariissimum, die Beweisinterlokute ausschließt, oder in welchen der Kläger die schleunige Erlassung einer provisorischen Verfügung erstrebt, versteht es sich von selbst, daß mit der Klage sofort auch die Bescheinigung beigebracht werde.

Eine Beweisanticipation gibt es im mündlichen Verhöre seiner Natur nach nur in dem Sinne, daß, wenn sich aus dem status causae et controversiae als unzweifelhaft und unbestritten ergibt:

a) daß die Entscheidung lediglich von der Bewahrheitung dieser oder jener Thatsache, über deren Merkmale kein Bedenken obwalten darf, abhänge, —

b) wem die Beweislast obliege; sofort, ohne vorgängiges Interlokut zur Einleitung des Beweisverfahrens übergangen werden kann [65]).

Nicht bloß auf die anticipirte Beweisführung in diesem Sinne, sondern auch auf den Fall, wenn der Richter nach gepflogener Verhandlung sofort das Interlokut erlassen hat, beziehen sich die Bestimmungen des Gesezes [66]),

64) Bl. f. Rechtsanw. a. a. O. S. 204.
65) Ebd. S. 205.
66) Ges §. 12.

daß der Beweispflichtige statt in dem acht- höchstens vierzehntägigen Termine [67]) den Beweis sogleich im Verhandlungstermine antreten kann, und daß, wenn der Beweispflichtige seine Beweismittel schon mitgebracht hat [67 a]), sogleich mit deren Aufnahme (z. B. Vernehmung der Zeugen, Abnahme des zugeschobenen und angenommenen Eides) zu verfahren ist. Ganz Gleiches gilt vom Gegenbeweise [67 b]). Jedoch kommt auch hier die allgemeine Regel, daß die Aufnahme der beiderseitigen Beweismittel gleichzeitig zu geschehen habe, zur Anwendung [68]).

Alle Verhandlungen in der Beweis- und Gegenbeweisführung sind nur kurz und ihrem wesentlichen Inhalte nach zu Protokoll zu nehmen. Beweisartikel finden nicht statt [69]), eben so wenig Rechtsausführungen.

Bei Streitigkeiten von einem Betrage unter 50 fl.,

67) In appellablen Sachen wird die vom Richter zu präfigirende Beweisfrist nie unter vierzehn Tage betragen dürfen. Bl. f. Rechtsanw. Bd. V S. 56. — Anderer Meinung ist Moritz Real-Kommentar S. 872—874. — Uebrigens ist zufolge der Verweisung auf Abschnitt IV der Novelle auch eine Fristverlängerung (über 14 Tage) nicht ausgeschlossen.

67a) Durch den Gebrauch des Ausdrucks „mitgebracht" wollte die Eidesdelation von der Anwendung dieser Bestimmung nicht ausgeschlossen werden. Prot. K. d. Abg. Bd. IX S. 14. — Zeugen, welche sogleich „mitgebracht" wurden, sind darum nicht für verdächtig zu halten. Ebd. S. 24.

67b) Insbesondere auch in Ansehung der Frist. Vgl. §. 43 der Novelle v. 1837.

68) Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV S. 206. Daher findet die sofortige Aufnahme der vom Beweispflichtigen mitgebrachten Beweismittel nur unter der Voraussezung statt, wenn der Gegner entweder auf den Gegenbeweis verzichtet, oder seine Gegenbeweismittel gleichfalls bei der Hand hat.

69) Ebd. Bd. V S. 221.

ohne Einrechnung der Zinsen, Kosten, Schäden und Nuzungen, (wozu auch der Fall zu rechnen, wenn zwar 50 fl. oder mehr eingeklagt wurden, der Gegenstand des Streites aber durch die Erklärungen des Beklagten unter den Betrag von 50 fl. herabgesunken ist) wird Sachverständigen und Zeugen statt der Eide nur Betheuerung auf Handgelöbniß an Eidesstatt abgenommen [70]).

In solchen Sachen kann, nach sorgfältiger Würdigung aller Verhältnisse der Aussage eines einzigen vollgiltigen, jedoch beeidigten Zeugen [71]) oder Sachverständigen, die Kraft vollen Beweises beigelegt werden [72]).

D. Besondere Grundsäze von Provisionalverfügungen [1]).

Alle ohne Gefahr nicht leicht verschiebliche Sachen sind dem beschleunigten Verfahren im mündlichen Verhöre

70) Ges. §. 14.

71) Wenn mehrere Zeugen vorgeschlagen und nach §. 14 auf Handgelübde vernommen wurden, von denselben Einer, welcher vollgiltig ist, das Beweisthema zu Gunsten des Producenten erschöpft, während die Anderen reine testes nescientes sind, so kann der Richter Ersteren nach sorgfältiger Erwägung aller Verhältnisse nachträglich beeidigen. Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV S. 207 not. 17.

72) Ges. §. 15.

1) Schneidt resp. Heffner: Meditationes de remediis provisoriis, quatenus sunt juris privati. Wirceburgi. 1789. 4. — Gönner Handb. Th. IV Abh. 79. — Puchta in der Zeitschr. f. Civilrecht und Prozeß, Bd. V Nr. VII. Die GO. enthält über provisorische Verfügungen nur einzelne Bestimmungen bezüglich der Rechtskraft (Kap. XIV §. 11 Nr. 3) und der Berufung (Kap. XV §. 3 Nr. 2); wozu noch einige Andeutungen in den Anmerk. zur lezterwähnten Stelle

zugewiesen [2]). Zu jenen gehört auch die Nachsuchung von Provisorien, deren Erlassung jederzeit durch Gefahr auf dem Verzuge bedingt ist.

Indessen ergeben sich, theils aus dem Bezuge des Provisoriums zu einer Hauptsache, theils aus dem Verhältnisse, in welchem hier die richterliche Verfügung zur Verhandlung der Parteien steht, solche Eigenthümlichkeiten, daß Grund zu einer besonderen Erörterung dieses Falles gegeben ist.

Jedes Provisorium findet

1) nur als Ausnahme von der Regel, d. h. nur dann statt, wenn die im gewöhnlichen Verfahren zu hoffende Rechtshülfe, welche durch eine vorgängige ordnungsmäßige Verhandlung und hierauf gegründete richterliche Entscheidung bedingt ist, als unzureichend sich darstellt; insbesondere wenn es Abwendung eines unersezlichen oder nicht leicht ersezlichen Nachtheils gilt, dessen Eintritt im Laufe des Prozesses zu besorgen wäre, und den Erfolg seiner Durchführung gefährden würde, oder wenn zur Vermeidung einer Störung der öffentlichen Ruhe unverzügliche Einschreitung nothwendig ist [3]).

2) In der Regel findet ein Provisorium nur auf

und zu Kap. III §. 1 lit. a. kommen. In der Hauptsache war daher auf die gemeinrechtlichen Grundsätze zurückzugehen.

2) Ges. v. 17. Nov. 1837. §. 1 Nr. 9. In den Anmerk. zur GO Kap. XV. §. 3 lit. c. werden als Beispiele von unverschieblichen Dingen aufgeführt: causae alimentorum, Wasser- Gebäu- Begräbniß- und dergleichen Sachen.

3) Heffner l. c. p. 11 sq. Von einem Falle, in welchem der provisorische Vollzug eines Vertrags zu Gunsten derjenigen Partei angeordnet wurde, welche im Hauptprozesse die Reszission dieses Vertrags begehrte, — s. Bl. f. RA. Bd. XVI S. 328 f.

Antrag der interessirten Partei statt [4]). In Sachen jedoch, wo das öffentliche Interesse mit im Spiel ist, wo es der Abwendung von Gefahren für das gemeine Wesen gilt, hat der Richter sein Amt auch unaufgefordert zu verwalten.

In einem solchen Falle muß

3) der Richter sich durch summarische Untersuchung — aus redlichen Anzeigungen über das Dasein der ein Provisorium rechtfertigenden Umstände vergewissert haben [5]). Außerdem ist es Sache des Imploranten, das Dasein der Gefahr, zu deren Abwendung das Provisorium erbeten wird, sofort mit dem Gesuche zu bescheinigen [6]). Zu dieser Bescheinigung sind alle Behelfe dienlich, welche das Behauptete als wahrscheinlich darstellen; selbst ein geringerer Grad von Wahrscheinlichkeit genügt, weil die Gewährung des Provisoriums kein Präjudiz nach sich zieht, und auf gehörig begründete Remonstration von demselben Richter alsbald zurückgenommen werden kann.

Geht die Nachsuchung des Provisoriums der Erhebung des Hauptprozesses vorher, oder soll dem Imploraten durch die provisorische Verfügung nicht blos ein Unterlassen, sondern ein positives Leisten oder Thun aufgegeben werden, so muß auch der Anspruch oder Besitzstand selbst, dessen Schuz in Frage ist, sofort mit Bescheinigung vertreten oder etwa im Allgemeinen zugestanden und nur in

4) Heffner l. c. p. 17, 18. Puchta S. 123.

5) Kamm. Ger. Ordn. v. J. 1555. P. II. Tit. 21 §. 3. Heffner l. c. p. 16.

6) Puchta S. 127. Werden Alimente für ein Kind gefordert, welches sich nicht selbst ernähren kann, so bedarf die Dringlichkeit der Sache keiner Bescheinigung. Bl. f. RA. Bd. VII S. 354.

der Modalität bestritten sein [6 a]). Wird das Provisorium mit oder nach Erhebung des Hauptprozesses nachgesucht und nur darauf gerichtet, dem Imploraten ein Unterlassen aufzugeben, so bedarf es zufolge des Rechtssazes: „pendente lite nihil innovetur“ [7]) der eben bezeichneten Bescheinigung nicht.

4) Sind die Bedingungen zur Erlassung eines Mandats gegeben, von welchen unten zur Ger. Ordn. Kap. V §. 7 die Rede sein wird, so kann die provisorische Verfügung sofort in dem ersten Dekret auf die Imploration ergehen, worauf sodann die weitere Verhandlnng nach den für solche Fälle geltenden Regeln gepflogen wird. Außerdem ist auf das Gesuch naher Termin zur beschleunigten Verhandlung im mündlichen Verhör anzuberaumen [7 a]).

Die Vertheidigung des Imploraten kann sowohl den Anspruch bestreiten, zu dessen Schuz das Provisorium gesucht worden, als darauf gerichtet sein, daß die Bedingungen eines Provisoriums ermangeln; sie bekämpft das Gesuch entweder überhaupt oder nur in seiner besonderen Modalität. Bloßes Abläugnen der vom Imploranten bescheinigten Thatumstände, und Einreden, die nicht sofort

6a) Vgl. unten 7a). Ueber Erbringung der für Provisorien erforderlichen Bescheinigung durch **Vermuthungen** s. Bl. f. RA. Bd. VII S. 354.

7) Cap. 2 Clem. at lite pend. (2, 2). Ger. Ordn. Kap. V §. 9, XV §. 8.

7a) Ist mit dem Gesuche um eine Provisionalverfügung die erforderliche Bescheinigung nicht sofort beigebracht, so liegt darin kein Grund, das Gesuch angebrachtermaßen zurückzuweisen, sondern es unterbleibt nur die Erlassung eines Mandates. Vgl. übrigens über das Verfahren bei Provisionalgesuchen Bl. f. RA. Bd. XVI S. 330.

wahrscheinlich gemacht sind, können hierbei keinen Erfolg haben. Einleitung eines Beweisverfahrens durch Erlassung eines Interlokutes findet nicht statt [7b]). Wenn jedoch die Gefahr nicht so dringend ist, daß augenblickliche Einschreitung nothwendig wäre, so steht nichts im Wege, dem Imploraten noch einen kurzen Termin zur Beibringung eines angezeigten Vertheidigungsbehelfes freizulassen, so wie auch dem Imploranten gestattet werden mag, zur Aufrechthaltung seines Gesuches gegen die Einwände seines Gegners das Erforderliche nachzutragen.

5) Die Provisionalverfügung darf den gegenwärtigen Zustand so wenig als möglich verändern, dem Imploraten nur den möglichst geringen Nachtheil zufügen [7c]). Sie muß ganz unterbleiben, wenn dem Imploraten aus der Bewilligung Nachtheile drohen, welche demjenigen, zu dessen Abwendung das Provisorium gesucht wird, so in der Wichtigkeit wie in der Schwierigkeit des Ersatzes gleichkommen oder nahe stehen. In die Gefahr, einen unersetzbaren Schaden von einiger Bedeutung zu erleiden, darf der Implorat, abgesehen von überwiegenden Rücksichten des öffentlichen Wohles, nicht gebracht werden [8]).

7b) Einleitung eines Beweisverfahrens durch Erlassung eines Interlokutes würde der eigenthümlichen Natur des Gegenstandes widerstreiten; die Beibringung des noch Abgängigen wird durch einen Vorbescheid nach Art prozeßleitender Dekrete aufgegeben. Vgl. Komment. Bd. IV zu Kap. XV §. 3 Note 38. — Bl. f. RA. Bd. VII S. 353–4.

7c) Vgl. hierüber Bl. f. RA. Bd. XVI S. 329 Nr. 1.

8) Heffner l. c. p. 13. Puchta a. a. O. S. 127. „Der Müller kann also zwar provisorisch angehalten werden, seine Abfallschützen zu ziehen, wenn bei großem Wasser den benachbarten Wiesenbesitzern Gefahr der Ueberschwemmung und Versandung ihrer Wiesen droht; er kann aber der Maßregel

Bei provisorischen Verfügungen ist ferner darauf Bedacht zu nehmen, daß dem Imploraten nicht die Vortheile des Besizes, in dem er sich befindet, entzogen werden [9]. Zur möglichsten Abwehr der dem Imploraten aus dem Provisorium allenfalls drohenden Nachtheile kann nach Umständen dem Imploranten eine Kaution wegen vollständiger Schadloshaltung für den Fall des Unterliegens in der Hauptsache aufgebürdet werden [10].

6) Das Provisorium kann sowohl vor Erhebung der Klage als auch in jedem Stadium des Prozesses nachgesucht werden. Um aber in jenem Falle die Verzögerung der Anstellung der Klage von Seite des Imploranten zu verhindern, wird ihm entweder schon bei Erlassung der Provisionalverfügung von dem Richter aus eigener Bewegung, oder auch nachher auf Ansuchen des Imploraten eine angemessene Frist hierzu unter dem Präjudize der Aufhebung des Provisoriums gesezt [11]. Das Proviso-

mit Recht widersprechen, wenn er glaubhaft darthut, daß dabei der Eisgang eine seinem Mühlwerk Gefahr drohende Richtung nehmen dürfte, gegen welche Gefahr die den Wiesenbesitzern zugehende Beschädigung als das geringere Uebel erscheint."

9) Puchta a. a. O. S. 127. So z. B. kann zwar dem Beklagten auf Verlangen des Klägers, der eine Waldung mit der Eigenthumsklage in Anspruch nimmt, ein forstordnungswidriges Holzschlagen, nicht aber das Holzfällen überhaupt, inhibirt werden.

10) Heffner l. c. p. 19. Mevius dec. P. VII dec. 297. Ges. v. 22. Juli 1819 §. 8. Hier ist zwar zunächst nur von Arrest und Sequestrationen die Rede; allein die Ausdehnung auf andere provisorische Verfügungen im engeren Sinne unterliegt wohl keinem Anstand.

11) Puchta a. a. O. S. 125. Seuffert's Archiv Bd. III S. 260

rium ist jedesmal bei dem Richter zu suchen, vor dem die Hauptsache gerade schwebt, also z. B. bei dem Appellationsrichter, wenn die Hauptsache in der Berufungsinstanz liegt, und jezt die Erlassung eines Provisoriums nothwendig wird. In einem solchen Falle kann für die Instruktion das Untergericht delegirt werden.

Wird das Provisorium vor Erhebung der Klage nachgesucht, so hat dieses gleichfalls bei dem für die Hauptsache kompetenten Richter zu geschehen; jedoch kann die Dringenheit der Gefahr und die Unmöglichkeit der Gewähr der Rechtshülfe durch den ordentlichen Richter ausnahmsweise auch die Kompetenz eines anderen Richters für die Erlassung des Provisoriums begründen, ohne daß aber lezteres der Hauptsache an sich oder insbesondere in Beziehung auf die Zuständigkeit des Gerichtes präjudiziren darf [12]).

7) Das Provisorium kann auf Antrag des Imploraten wieder aufgehoben oder modifizirt werden, wenn er nachweist, daß die Gewährung auf unrichtigen Voraussezungen beruht, oder daß die Umstände, welche dessen Anordnung an sich und in der speziellen Art veranlaßt haben, nicht mehr vorhanden oder verändert sind. Sonst ist es Regel, daß das Provisorium so lange fortbesteht, bis der Streit über die Hauptsache definitiv und rechtskräftig entschieden ist [12a]); bis dahin haben die Parteien

12) Kommentar Bd. I S. 103. Mevius P. I dec. 164 not. 6 dec. 199 not. 3. P. IV. dec. 59 not. 7. Anderer Meinung Heffner l. c. p. 26. — Vgl. hierüber noch Komment. Bd. I (Aufl. II) S. 102 lit. β., S. 147 Note 7 und den hiezu gehörigen Zusaz in der Note *) S. XVIII des Inhaltsverzeichnisses.

12a) Die Beendigung des Hauptstreites kann aber auch durch ein die Kompetenz des Gerichtes ablehnendes Erkenntniß erfolgen,

sich eines jeden Attentates gegen das Provisorium zu enthalten [13]).

8) Gegen eine provisorische Verfügung, dieselbe mag von dem Richter nach vorgängigem Gehör beider Parteien oder auf einseitiges Anrufen eines Theiles oder von Amtswegen erlassen sein, steht, insoferne in den beiden lezten Fällen dieselbe auf erhobene Remonstration nicht zurückgenommen oder abgeändert, sondern durch ein Inhäsivdekret bestätigt worden ist, dem Imploraten, wenn es an der Summe nicht fehlt, der Weg der Berufung an den höheren Richter offen [14]); jedoch hat dieselbe keinen Suspensiveffekt [15]), auch findet in einem solchen Falle gegen zwei in der Hauptsache gleichförmige Erkenntnisse eine Berufung an die dritte Instanz nicht statt [16]).

sofern nicht im lezteren Falle der Kläger unaufgehalten die Sache vor der kompetenten Stelle betreibt, oder den allenfallsigen Kompetenzkonflikt zu beseitigen sucht. Vgl. Seuffert's Archiv Bd. III S. 259 f.

13) Heffner l. c. p. 20, 26.

14) Dies folgt aus Ges. v. 17. Nov. 1837 §. 54 Nr. 4. Eine auf einseitiges Anrufen getroffene Provisionalverfügung gibt zunächst nur Anlaß zur Remonstration, nicht aber zur Anfechtung im Weg der Nichtigkeitsbeschwerde. Seuffert's Archiv Bd. VI S. 130.

15) Ger. Ordn. Kap. XV §. 3 Nr. 2. Die Vollstreckung des in I. Instanz verfügten Provisoriums kann selbst in dem Falle nicht versagt werden, wenn bereits ein aufhebendes, jedoch noch nicht rechtskräftiges Erk. II. Instanz vorliegt. Seuffert's Archiv Bd. III S. 160.

16) Ges. v. 17. Nov. 1837 a. a. O. Wenn in einem Rechtsstreit wegen eines Provisoriums gleichförmig in 2 Instanzen auf Beweis erkannt worden (s. dagegen oben Nr. 4), so findet zufolge eines OAGE. Berufung zur III. Instanz statt. Bl. f. RA. Bd. XVIII Erg. Bl. S. 26.

Auch dem Imploranten ist es unbenommen, gegen den Beschluß, wodurch er mit dem Antrag auf eine provisorische Verfügung an sich oder in der beantragten Weise abgewiesen worden ist, die Berufung, deren übrige Erfordernisse vorausgesezt, zu ergreifen; die zulezt gedachte Beschränkung der Berufung an die dritte Instanz gilt für diesen Fall nicht [17]).

9) Von denjenigen Provisorien, für deren Instruirung eigene Vorschriften bestehen, wie z. B. das possessorium summariissimum, Arrestsachen, wird am gehörigen Orte die nähere Erörterung gegeben werden; hier ist nur noch anzuführen, daß auch in possessorio summariissimo auf ein Zwischenprovisorium in Hinblick auf die möglicher Weise eintretenden Verzögerungen angetragen werden kann [18]).

E. Anhang. Von dem Verfahren in Sponsalien — Konsenssupplirungs- und in Ehegerichtssachen (dem s. g. Konsistorialprozeß).

Gegenstände des in der Theorie des gemeinen Prozesses vorkommenden Konsistorialprozesses sind: Sponsaliensachen — Klagen auf Supplirung des Konsenses zu einer Heirath — Ehescheidungsklagen und Desertionsfälle [1]).

17) Das Gesez v. 22. Juli 1819 §. 20 Nr. 3 lit. b. sprach „von Urtheilen über provisorische Verfügungen;" das Ges. v. 17. Nov. 1837 a. a. O. spricht von Beschlüssen, „wodurch eine provisorische Verfügung getroffen wird." Bl. f. RA. Bd. XIV S. 240. War jedoch die Abweisung ohne Verhandlung geschehen, so ist die Berufung an die 3. Instanz, die Bestätigung in zweiter vorausgesezt, durch Nr. 1 des §. 54 vgl. mit Nr. 1 des §. 52 der Novelle von 1837 ausgeschlossen Bl. f. RA. Bd. XIV S. 10.

18) Bl. f. Rechtsanwendung Bd. IV S. 112.

1) Mühlenbruch Entwurf des gemeinrechtl. u. preuß. Civilprozesses §. 593.

Von der Zuständigkeit in diesen Sachen nach den Bestimmungen des bayerischen Rechtes ist bereits oben gehandelt worden [2]).

Anlangend das Verfahren, so ist

1) rücksichtlich der Sponsaliensachen verordnet, daß die gerichtliche Verhandlung summariissime vorgenommen werden soll [3]). Es hat daher hier nach der oben [4]) gegebenen Erörterung jezt das gewöhnliche protokollarische Verfahren einzutreten, jedoch in der Art, daß der Richter zum Zwecke der Beschleunigung auf die in der Ger. Ord. Kap. VI §. 16 Nr. 1 enthaltene Anweisung zu abgekürzten Terminen seine Aufmerksamkeit zu richten hat.

2) Bei den Klagen auf Supplirung des Konsenses der Eltern und Vormünder zu einer Heirath tritt in der Regel ganz das gewöhnliche Verfahren ein. Dadurch ist aber die Erlassung einer Provisionalverfügung in dergleichen Sachen in den nach der obigen Erörterung dazu geeigneten Fällen so wenig ausgeschlossen, als die Verhandlung im beschleunigten Verfahren im mündlichen Verhöre gemäß §. 1 Nr. 9 des Gesezes vom 17. Nov. 1837 bei der Voraussezung, daß die Sache als eine ohne Gefahr nicht leicht verschiebliche sich darstelle.

3) Das Verfahren in Ehestreitigkeiten bei weltlichen, insbesondere protestantischen, Ehegerichten soll durchaus summarisch sein [5]). Es tritt demnach auch hier das gewöhnliche protokollarische Verfahren mit ab=

2) Kommentar Bd. I S. 140 f. Vgl. Bl. f Rechtsanw. Bd. I S. 390. Zur Lehre von der Ehescheidung unter Juden vgl. ebd. Bd. II S. 293.

3) Verdn. v. 2. Mai 1806 Regierungsbl. S. 175.

4) Kommentar Bd. II S. 24.

5) Rescr. v. 15. Oct. 1813. Moritz Novellensamml. neue

gekürzten Terminen und zwar in der Art ein, daß die Wahl der Parteien, das schriftliche Verfahren eintreten zu lassen, hiebei völlig ausgeschlossen ist [6]). Die Klage muß bei dem ordentlichen Richter des Ehemannes [7]) schriftlich übergeben oder zu Protokoll angebracht werden [8]). Findet der Richter die darin zur Motivirung des Antrages auf Ehescheidung angeführten Gründe offenbar unerheblich, so hat er den Kläger unter Abweisung der Klage zur friedlichen Fortsezung der Ehe zu ermahnen. Besteht aber der klagende Theil auf seinem Vorsaz, so ist vor allem die Aussöhnung zwischen den Eheleuten zu versuchen [9]). Der Sühneversuch zwischen den Parteien darf nur dann unterlassen werden, wenn es nach Lage der Umstände unmöglich ist, beide Theile persönlich zusammen zu bringen. Dieselben müssen nämlich bei dem Sühneversuch persönlich erscheinen, und der Richter ist befugt, den Ungehorsamen durch die gesezlichen Zwangsmittel [10]) hiezu anzuhalten.

Ausg. S. 177. Verordn. v. 22. Juli 1806. Regbl. S. 285.

6) Chr. C. Glück Präjudizien aus der ehegerichtl. Praxis. Bamberg. Druck des lit. art. Instituts 1838. Nr. 156.

7) Anders jedoch bei gemischten Ehen. Vgl. Komment. Bd. I S. 143.

8) Das in einer gemeinschaftlichen Imploration von beiden Ehegatten gestellte gegenseitige Gesuch um Ehescheidung ist der Form nach unstatthaft. Es muß vielmehr der eine Theil eine förmliche Ehescheidungsklage gegen den anderen anbringen. Glück a. a. O. Nr. 151.

9) Diese Vorschrift schließt das Erforderniß, bei der Anbringung einer Ehescheidungsklage das Zeugniß über die vor dem Gemeindebeamten versuchte Vermittlung zu übergeben, nicht aus. Vgl. überhaupt Kommentar zu §. 7 unten.

10) Vgl. hierüber Komment. unten zu Kap. V §. 10.

Bei dem Sühneversuch soll, wenn die Umstände es nicht verhindern, ein Prediger von der Konfession des Klägers zugezogen werden, in der Regel dessen ordentlicher Seelsorger; verspricht sich jedoch der Richter nach den Umständen von der Zuziehung eines anderen mehr Erfolg, so ist er hieran nicht gebunden; auch kann der Richter den Sühneversuch anfangs dem Geistlichen allein überlassen. Ob auch die nächsten Verwandten der Eheleute, insbesondere deren Eltern, bei dem Sühneversuch zuzuziehen seien, hat der Richter nach den individuellen Verhältnissen zu bemessen. Bei dem gütlichen Verfahren muß derselbe den wahren Grund der entstandenen Mißhelligkeiten zu erforschen und diese durch zweckmäßige Vorstellungen und Ermahnungen, allenfalls auch durch Anwendung des obrigkeitlichen Amtes, aus dem Wege zu räumen suchen. Ist der Aussöhnungsversuch ohne Erfolg geblieben, so sendet der ordentliche Richter die Akten an das Ehegericht, hat aber zugleich für die Erziehung und den Unterhalt der Kinder die nothwendigen provisorischen Anordnungen zu treffen [10a]. Den Eheleuten die interimistische Separation zu gestatten, ist der persönliche Richter, soferne nicht besondere Gefahr auf dem Verzuge haftet, nicht kompetent, sondern das Gesuch hierum ressortirt gleichmäßig zum Ehegericht [11].

Dieses ergänzt erforderlichen Falles das gütliche Verfahren und überträgt in der Regel die weitere, nach den oben aufgestellten Grundsäzen zu leitende, Instruktion des Scheidungsprozesses dem ordentlichen Gerichte.

10a) Unbeschadet der Befugniß des Ehegerichtes selbst, die provisorische Anordnung in anderer Weise zu treffen. Vgl. Bd. I (Aufl. II) S. 273 Nr. 3.

11) Glück a. a. O. Nr. 131—134.

Ist das Ehegericht zugleich das ordentliche Gericht des Ehemannes, so wird die Vornahme des Sühneversuches sowohl als die Instruktion des Prozesses einem dazu geeigneten Kommissär übertragen.

Wird der Antrag auf Ehescheidung wegen böslicher Verlassung gestellt[11a]), so wird es nothwendig, erst zu konstatiren, daß der Fall einer böslichen Verlassung wirklich vorhanden ist. Zu diesem Behufe wird dem Abwesenden auf Antrag des anderen Theiles die Wiedervereinigung unter dem Präjudiz aufgegeben, daß seine Weigerung für eine bösliche Verlassung angenommen werde. Ist der Aufenthalt des Abwesenden unbekannt, so ergeht zu diesem Zweck eine dreimalige Ediktalladung. Ist die Aufforderung unbeachtet geblieben, so erfolgt sodann die Scheidung durch ein Kontumazialerkenntniß. Rechtfertigt der Vorgeladene entweder seine Abwesenheit oder erbietet er sich zur Wiedervereinigung, so findet die Scheidung nicht statt. Für den Fall der angebotenen Wiedervereinigung ist nach gemeinem protestantischen Eherechte der Kläger, der Ansicht der Praxis zufolge, berechtigt, zuvor von dem anderen Theile zu fordern, daß er den Verdacht des Ehebruchs, der aus seiner Entfernung hervorgeht, durch Ableistung des Reinigungseides von sich ablehne[12]).

Sonst hat das Verfahren in Ehestreitigkeiten weiter keine besonderen Eigenthümlichkeiten; was noch im Einzel-

11a) Vom Gerichtsstande in Ehedesertionssachen s. Seuffert's Archiv Bd. VII S. 130. Ungeachtet der Ehemann in's Ausland entwichen, kann die Frau die Klage bei dem inländischen Ehegerichte erheben.

12) Eichhorn Grundsäze des Kirchenrechts Bd. II S. 485. Von erfolglosem Zwangsverfahren und nachheriger Erklärung, die Ehe fortsezen zu wollen. Seuffert's Archiv Bd. III S. 86.

nen, z. B. rücksichtlich der Widerklage der Eidesdelation, der Restitution ꝛc. zu bemerken ist, wird bei den einschlägigen Lehren vorgetragen werden.

Die eben erörterten Grundsäze des Verfahrens, obschon zunächst für die protestantischen Ehegerichte gegeben, finden auch Anwendung bei den Ehestreitigkeiten der Juden und christlichen Religionsgenossen, die weder Katholiken noch Protestanten sind, und bei welchen ein eximirtes Forum nicht Plaz greift; soweit solche nicht durch das Dasein des eximirten Forums bedingt sind [13]).

II.

Von dem processus executivus [1]).

A. Begriff und Wesen.

Der Grundgedanke des auf italienischem Rechtsboden erwachsenen Exekutivprozesses wird von Briegleb [2]) richtig in folgenden Worten ausgesprochen:

„Rechtsgeschäfte, welche durch gewisse privilegirte Ur„kunden [3]) befestiget sind, genießen vor anderen den Vor-

13) Vgl. Bl. f. RA. Bd. XVII S. 241 f.

1) Berger electa processus executivi, provocatorii et possessorii etc. Lips. 1745. — Kori: Ueber den Exekutivprozeß und die Wiederklage. 2te Ausgabe. Jena 1826. — Briegleb: Ueber exekutorische Urkunden und Exekutiv-Prozeß. Nürnberg 1839 (II. Aufl. 1845). (1r Th. Geschichte des Exekutiv-Prozesses; 2r Th. Chrestomathie der Belegstellen hiezu.) — Bayer: Theorie der summar. Prozesse § 40 ff — v. Stürzer Bemerkungen zum bayer. Civilgerichtsverfahren S. 298. — Mittermaier der gemeine deutsche Prozeß Beitr. IV 2te Ausg. §. 5. — Gett der Exekutivprozeß in der Ausbildung durch deutsche Partikular-Gesezgebungen und Gerichtsgebrauch. Nürnberg 1841.

2) a. a. O. Th. I S. 49, 50.

3) Documenta seu instrumenta guarentigiata — wörtlich

„zug, daß die aus denselben herzuleitenden Ansprüche, ohne „vorher im förmlichen Prozesse ausgestritten zu sein, auf „bloßes Vorzeigen der Urkunde und nach dem Maße ihres „Inhaltes durch sofortige Exekution realisirt werden sollen, „gerade so, als ob es sich um die Vollstreckung eines „rechtskräftigen Erkenntnisses handelte.“

Natürlich muß aber, damit auf die Urkunde hin mit der Exekution verfahren werden könne, die Aechtheit derselben feststehen. Um diese Voraussezung zu erfüllen, macht die Natur der Sache bei Privaturkunden eine Verhandlung nothwendig, welche auf Erwirkung der Recognition derselben gerichtet ist, und bei öffentlichen Urkunden muß wenigstens durch deren Vorlage dem Gegentheil die Veranlassung gegeben werden, Einsicht von derselben zu nehmen und sich darüber zu erklären. Diese Verhandlung über die Aechtheit der zur Begründung eines Exekutionsgesuches geeigneten Privaturkunden hat sich nun durch Doktrin und Praxis zu der besonderen Art des Verfahrens ausgebildet, welches heutzutage als eine eigenthümliche summarische Prozeßart einen festen Plaz so in der Prozeßtheorie und in der Rechtsanwendung wie in neueren Gesezgebungen hat.

In seiner heutigen Erscheinung beruht der Exekutivprozeß nicht mehr auf einem Privilegium gewisser Urkunden, sondern nur darauf, daß mit der Klage auf Erfüllung persönlicher Verbindlichkeiten über alle Merkmale des Klagegrundes sofort ein vollständiger Urkundenbeweis angetreten

wohl verwahrte, wohl befestigte Urkunden, welche vorzügliche Sicherheit gewähren. Der Ausdruck wurde meistens und später ausschließlich von exekutorischen Urkunden gebraucht, deren exekutorische Eigenschaft aus den der italienischen Formularjurisprudenz eigenthümlichen Kautelen hervorgegangen war. Briegleb a. a. O. S. 62. Mittermaier a. a. O. S. 157.

wird, welcher, soferne die Herstellung der Aechtheit hinzukommt, den Anspruch gewiß zu machen geeignet ist.

Im Exekutivprozesse wird mit dem verurtheilenden Erkenntnisse sofort die Androhung der Exekution verbunden, und der Beklagte mit den Einreden, welche er nicht gleichfalls durch Urkunden sofort liquid machen konnte, zur besonderen Austragung verwiesen. Im älteren bayerischen Rechte war noch der ursprüngliche Grundgedanke des Exekutivprozesses ausgeprägt. Der summarische Prozeß von 1616 bestimmte im Tit. 11 Art. 5:

„Wenn ein Anspruch kraft rechtmäßig aufgerichteter „Brief und Siegel öffentlich bescheint und liquidirt ist, und „von dem Beklagten keine rechtmäßige Ursache, warum der „Kläger wider seinen Willen länger zuzuwarten schuldig „sei, mag vorgebracht werden, solle kein weiterer Prozeß „und Schriftenwechsel gestattet, sondern sogleich mit Gant „und Pfand exekutive verfahren werden.“

Diese heilsame Vorschrift wurde jedoch in der Praxis hintangesezt [4]).

Die Gerichtsordnung vom J. 1753 (Kap. III §. 3 Nr. 5) fußt zwar noch auf der Grundlage des älteren Rechtes; ihre Vorschrift beurkundet aber den Einfluß der neueren gangbar gewordenen Doktrin [5]).

Dieselbe bestimmt a. a. O.:

4) Baron von Schmid ad Proc. summ. tit. 11 Art. 5 Nr. 12 versichert: „se intra 38 annos nunquam vidisse secundum „praescriptum huius articuli ullum processum executivum „legitime formatum, multo minus consummatum.“

5) Kreittmayr in den Anmerk. z. a St. lit. a.: „Obschon „der Reichsdeputationsabschied von 1600 §. 34 nur auf solche „Verschreibungen deutet, welche mit clausulis executivis ver„sehen seynd, so sieht man doch in Praxi darauf, ob „das Instrumentum liquid sey.“

„Mag zwar in verbrieften und liquiden Schuldfor-
„derungen, woraus sowohl das Quantum als Quale nebst „der Person des Schuldners und Gläubigers genugsam „erscheint, die Klage communicirt werden; man soll aber „allzeit zugleich auch eine Commission ad producendum „Originale anberaumen, und, wenn hiebei das Instrument „weder diffitirt noch durch andere rechtserhebliche und in „continenti liquidirliche Einwendungen abgelehnt werden „kann, ohne weiteres zur Exekution schreiten, und alles „Uebrige, was altioris indaginis ist, gleichwohl praestita „cautione ad separatum processum verweisen."

B. Voraussetzungen des Exekutivprozesses.

Die Gerichtsordnung gibt

1) dem Exekutivprozeß nur für Schuldforderungen statt [5a]); aber für Schuldforderungen jeder Art [5b]), soferne sie verbrieft und liquid sind. Weder die Beschränkung auf Geldschulden ist zulässig, noch läßt sich die Ausschließung der Ansprüche aus Quasikontrakten und Delikten rechtfertigen. Wenn in der vorgelegten Urkunde der Beklagte erklärte:

ich bekenne hiemit, eine dem N. N. gehörige kostbare Vase zerbrochen zu haben, und demselben dafür eine Entschädigungssumme von 200 fl. zu schulden;

5a) Seuffert's Archiv Bd. III S. 241. Daher nicht für die hypothekarische Klage Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 129 ff. Es hat jedoch die dem Hypothekgläubiger gegen den dritten Besitzer des Hypothekobjektes, auch abgesehen von bedungener Uebernahme der Hypothekschuld, auf Bezahlung zustehende Klage die Natur einer Forderungsklage. Ebd. S. 135.

5b) Ueber den Exekutivprozeß bei Schuldscheinen, welche wechselunfähige Personen in Wechselform ausgestellt haben s. Bl. f. RA. Bd. VI S. 218; — bei Klagen ex deposito ebd.

so ist dem Exekutivprozeß eben so gut statt zu geben, als bei der Klage aus einem über ein Darlehn ausgestellten Schuldschein [5c]).

Der allgemeine Ausdruck „Schuldforderung" umfaßt auch Forderungen auf das Herausgeben einer individuell bestimmten Sache oder auf persönliche Dienste [5d]). Dagegen sind dingliche [5e]), possessorische und s. g. Präjudicialklagen ausgeschlossen.

2) Unter „verbrieften Schuldforderungen" sind nicht bloß jene zu verstehen, worüber ein schriftliches Bekenntniß des Schuldners vorliegt, sondern Verbriefung bezeichnet überhaupt jede urkundliche Nachweisung der Forderung, z. B. namentlich auch durch Briefe [6]). Der Eintrag eines Handelsbuches ist keine Verbriefung, weil er zur Nachweisung der Forderung das Hinzukommen eidlicher Bestärkung erfordert. Dagegen führt Baron von Schmid [6a]) unter den Urkunden, welche die Einleitung des Exekutivprozesses begründen, auch fehlerfreie Testamente auf, und es läßt sich nicht bezweifeln, daß die Entrichtung eines Vermächtnisses in dieser Prozeßart gefordert werden kann, wenn nur auch über die Antretung des beklagten Testamentserben ur-

5c) Dagegen Gett a. a. O. S. 30.

5d) Mittermaier a. a. O. S. 171.; Bayer a. a. O. §. 42a; abweichend Gett a. a. O. S. 31.

5e) S. oben Note 5a. Gett a. a. O. S. 29. Vgl. Seuffert's Archiv Bd. III S. 241.

6) Ob es nur eine einzige Urkunde sei, worauf der Exekutivprozeß begründet werden will, oder ob sich der Kläger, um den Voraussezungen dieser Prozeßart zu genügen, mehrerer Urkunden bedient, macht keinen Unterschied. Gett a. a. O. S. 41.

6a) l. c. Nr. 9.

kundliche Nachweisung beigebracht wird [7]). Zu den Verbriefungen, wie sie der Exekutivprozeß erfordert, gehören natürlich vorzugsweise öffentliche Urkunden [7a]). Aber gleichwohl bringt es nach gemeinem Rechte die Eigenthümlichkeit dieser Prozeßart mit sich, daß der Anspruch sich wenigstens theilweise auf solche Urkunden stüze, welche eine Diffession zulassen, indem da, wo über alle Punkte erschöpfender Beweis durch öffentliche Urkunden vorliegt, ein Fall des unbedingten Mandatsprozesses gegeben ist. Da aber nach bayerischem Rechte [8]) sofortiger erschöpfender Beweis des Klagegrundes durch öffentliche Urkunden zur Erlassung eines unbedingten Mandates nicht hinreicht, so ist für den Gläubiger, den Exekutivprozeß zu wählen, auch da vortheilhaft, wo der sofortige Beweis des Klägers durchaus auf öffentlichen Urkunden beruht [9]), und schon deßwegen eine Diffession nicht stattfinden kann.

7) Kind quaest. for. edit. 2 T. I cap. 51. Mittermaier a. a. O. S. 172. Get a. a. O. S. 30.

7a) Ob und wiefern die beglaubigte Abschrift einer öffentlichen Urkunde die Stelle dieser vertreten könne, darüber s. unten Komment. zu Kap. XI §. 4 Nr. 2. Vgl. Seuffert's Archiv Bd. VII Nr. 259.

8) Gerichtsordnung Kap. V §. 7 und Kommentar zu dieser Stelle.

9) Z. B. bei einer gerichtlichen Hypothek, wo auch ein Hypothekenrecognitionsschein den Exekutivprozeß begründet; da ein solcher nichts anders ist, als ein Auszug aus dem Hypothekenbuch, und dieser gemäß §. 118 des Hyp. Ges. zur Begründung der Liquidation einer Forderung im ersten Ediktstage genügt, auch dergleichen Recognitionsscheine als öffentliche Urkunden erscheinen. Lehner Lehrb. des Hypothekenrechtes Bd. I S. 147. Bei grundherrlichen Gefällen kann die Klage auf die unter gerichtlicher Autorität gefertigten Saal- und Lagerbücher, Erbzins- und Dienstregister gestüzt werden (Kind quaest. for. T. III cap. 11), wenn anders

Die Schuldforderung muß

3) liquid sein, d. h. es muß „sowohl das Quantum als Quale nebst der Person des Schuldners und Gläubigers" aus der Verbriefung resp. aus den vorgelegten Urkunden genugsam erscheinen. —

Wo nun a) die Feststellung der Quantität der Schuld [9a]) noch von einer Liquidationsverhandlung [9b]) oder auch nur von richterlichem Ermessen abhängt, ist die Sache zur Einleitung dieser Prozeßart nicht geeignet. Fehlt es an der Bestimmtheit des Quantums nur hinsichtlich der Nebenleistungen, so sind diese, so weit sie noch illiquid, zur besonderen Austragung zu verweisen. Wird aus einer cedirten Forderung, bezüglich welcher die lex Anastasiana gemeinrechtliche Anwendung findet, im Exekutivprozesse geklagt, so muß der Urkundenbeweis auch die für die Forderung bezahlte Summe darlegen [9c]).

die Reihenfolge der Besitzer daraus gehörig ersichtlich ist. Außerdem wird in dergleichen Fällen das Verfahren mit einem bedingten Mandate einzuleiten sein, wovon das Nähere unten zu Kap. V §. 6.

9a) Eine Exekutivklage auf weniger, als die Urkunde betrifft, ist unbedenklich. Seuffert's Archiv Bd. VII Nr. 256. — An der Feststellung der Quantität fehlt es in der Regel nicht, wenn theilweise Einklagung gegen einen von mehreren Mitschuldnern stattfindet. Bl. f. RA. Bd. XV S. 91. S. auch OAGE. in Nr. 738 1848/49.

9b) Eine solche kann auch erforderlich sein, wenn über den Münzfuß, auf welchen die Urkunde lautet, bei dem Gerichte Notorietät nicht besteht und ein genügender urkundlicher Nachweis darüber nicht sofort beigebracht wurde. Vgl Seuffert's Archiv Bd. VII Nr. 255.

9c) Anders, wo das bayer. LR. zur Anwendung kommt. Bl. f. RA. Bd. VI S. 220 Nr. 3.

Aus der Verbriefung muß b) das Quale, d. h. die causa debendi, der besondere Forderungsgrund, erhellen [9d]). Daß dieser gerade mit dem technischen Namen bezeichnet sei, ist nicht erforderlich [9e]). Das in Wechseln übliche Bekenntniß, „die Valuta baar empfangen zu haben,“ ist (was bei verjährtem Wechselrechte von Bedeutung ist) für hinreichend zu achten, keineswegs aber, wenn der Forderungsgrund nur mit „Valuta verstanden“ oder „Valuta in Rechnung“ vorgetragen ist [10]). — Enthält die Urkunde nur ein Schuldbekenntniß mit Zahlungsversprechen, ohne spezielle Bezeichnung des Ursprungs der Schuld (cautio indiscreta), so ist dadurch dem Erfordernisse des „Quale“ nicht genügt [11]). Ist der besondere Forderungsgrund ein Geschäft, bei welchem die exceptio non numeratae pecuniae Plaz greift, so steht zwar dem Exekutivprozesse nicht im Wege, daß die Urkunde noch nicht zwei Jahre alt ist [11a]); allein der Beklagte kann durch die exc. n. n. pec. diese Prozeßart hemmen und den Kläger zwingen, den Beweis seiner Forderung im ordentlichen Prozesse zu führen [12]). Besteht der besondere For-

9d) Seuffert's Archiv Bd. VII Nr. 246, 252. Vom Falle einer Darlehensforderung durch Abrechnung resp. Novation s. Arends' Samml. Bd. II S. 36 f.; Bl. f. RA. Bd. XV S. 92; Gett a. O. S. 83 f. — Vom Exekutivprozeß aus einem Depositum s. Arends' Samml. Bd. I S. 33.

9e) Seuffert's Archiv Bd. VII Nr. 253; Gett a. a. O. S. 82.

10) Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV S. 73. Vergl. Seuffert's Archiv Bd. VII Nr. 254.

11) Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV S. 309 Note 10.

11a) Vgl. Gett a. a O. S. 69, 154; Seuffert's Archiv Bd. VII Nr. 245; Kleiner in den Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 282.

12) Bl. f. Rechtsanw. Bd. III S. 219. Der Kläger kann je-

derungsgrund in einem zweiseitigen Geschäfte, so muß der Kläger die seiner Seits geschehene Erfüllung [13]), besteht sie in einem bedingten Geschäfte, den Eintritt der Bedingung urkundlich nachweisen [13a]). —

Nebstdem ist c) erforderlich, daß die Personen des Schuldners [13b]) und Gläubigers genugsam erschei-

doch den Exekutivprozeß dadurch aufrecht erhalten, daß er im Verhandlungstermine dem fraglichen Einwand des Beklagten durch ein anderwärtiges schriftliches Schuldbekenntniß desselben begegnet. S. hierüber Kleiner a. a. O.

13) Vgl. Mittermaier a. a. O. S. 173; Bl f. Rechtsanw. Bd. III S. 87 Bd. VI S. 15. Auch wenn man für den ordentlichen Prozeß der Ansicht beipflichtet, daß die Behauptung der klägerischen Erfüllung noch in der Replik nachgetragen werden könne, oder daß es genüge, in der Klagschrift das diesseitige (jenseits nicht acceptirte) Erfüllungs-Anerbieten zu behaupten, muß man doch obigen Saz für den Exekutivprozeß festhalten, dessen Natur erfordert, daß es sich nur von Verbindlichkeiten des Verklagten, wie bei der Darlehensklage, handle. Durch die vorausgegangene Erfüllung des Klägers muß das Rechtsverhältniß in die Lage einer nur einseitigen Schuld gekommen sein. Vgl. Gett a. a. O. S. 32, 48, 73. Arends' Samml. Bd. I S. 36. Seuffert's Archiv Bd. VII Nr. 249, 250. S. jedoch von Exekutivklagen des Verpächters ebd. Bd. II Nr 349, Bd. IV N. 90. Von dem Falle der Verabredung, daß die Leistung des Klägers erst später nachzufolgen habe, s. Gett a. a. O. S. 74.

13a) Vgl. Gett a. a. O. S. 73. — Ueber Geltendmachung von Societätsvertrags-Ansprüchen im Exekutivprozesse s Seuffert's Archiv Bd. IV Nr 183.

13b) Gett a. a. O. S. 43 f. Besteht über den oder die Inhaber einer Handlung Gemein- oder doch Gerichtskundigkeit, so ist es kein Hinderniß, daß die Urkunde die Unterschrift einer Handlungsfirma trägt, nicht mit Vor- und Zunamen der Handlungs-Inhaber unterschrieben ist. Vgl. indessen Seuf-

nen [13c]). Daraus folgt, daß wenn von Nachfolgern oder gegen Nachfolger geklagt wird, die urkundliche Nachweisung auch den Legitimationspunkt umfassen muß [13d]). — Bei Urkunden, die auf jeden Briefsinhaber lauten, ist der Exekutivprozeß nicht ausgeschlossen, weil die Person des Gläubigers durch die Produktion außer Zweifel gesezt wird [14]). Bei den in der neueren Zeit gebräuchlichen Partialobligationen au porteur hat, da sie die Hauptschuldverschreibung in sich enthalten, und als mit ihr ganz identisch angesehen werden müssen, der Exekutivprozeß statt, ohne daß es einer Produktion der Hauptobligation bedarf [15]).

Daß sich in der Urkunde eine besondere Bestimmung über die Zahlungszeit finde, ist nicht erforderlich. In obligatione sine die praesenti die debetur [16]). Ist in

fert's Archiv Bd. VII Nr. 257. — Aus einer bloß unterkreuzten Urkunde kann im Exekutivprozesse nicht geklagt werden, sofern nicht darüber, daß die Unterkreuzung durch den namhaft gemachten Schuldner geschah, eine die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde tragende Beglaubigung beigefügt ist. Seuffert's Archiv Bd. VII Nr. 244.

13c) Ueber Exekutivklagen eines von mehreren Mitgläubigern oder gegen einen von mehreren Mitschuldnern (nomina et debita ipso jure divisa) s. Bl. f. RA. Bd. XV S. 91. Vgl. OAGE. in 738 1848/49.

13d) Gett a. a. O. S. 147. — Seuffert's Archiv Bd. VII Nr. 261. Vgl. auch in Ansehung der Vollmachts-Nachweisung ebd. Nr. 258.

14) Kind quaest. for. T. III cap. 48. Kori a. a. O. S. 25. Ein Blanquet begründet diese Prozeßart nicht. Brinkmann wissenschaftlich prakt. Rechtskunde Bd. I S. 180.

15) Bl. f. Rechtsanw. Bd. VI S. 12.

16) Fr. 14 de R. J. Fr. 41 §. 1 de V. O. (45, 1) Fr. 213 pr. de V. S. (50, 16). Bl. f. RA. Bd. XVII S. 64.

der Urkunde eine Zeit bestimmt, welche von der Aufkündigung an bis zum Eintritt der Zahlungsverbindlichkeit verlaufen soll, so muß der im Exekutivprozesse Klagende gleichfalls darthun, daß und wann die Aufkündigung geschehen sei, und nur in soferne kann der Richter jezt schon dem Exekutivprozesse statt geben, als er aus dieser Nachweisung ersieht, daß die festgesezte Zeit von der Aufkündigung verlaufen sei [17]). — Unstatthaft ist der Exekutivprozeß, wenn der Schuldner in der Urkunde versprochen hat, „sobald als möglich," „so wie es seine Umstände zulassen," „nach Gelegeheit" zu zahlen [18]). Ist versprochen: „ehestens," „in Kurzem" zu zahlen, so kann

17) Seuffert's Archiv Bd. VII Nr. 248. In solchen Fällen kann der Gläubiger vorerst eine gerichtliche Aufkündigung beantragen, und diesem Antrage, nach Ablauf der vorgesteckten Frist, die Klagbitte des Exekutivprozesses folgen lassen. Vgl. Seuffert Abh. S. 68. Mittermaier a. a. O. S. 177. Wurde, ungeachtet es an der hinsichtlich der Aufkündigung erforderlichen Nachweisung mangelte, der Exekutivprozeß eingeleitet, und vom Beklagten darüber in der Produktionstagfahrt keine Einrede aufgestellt, so ist deren richteramtliche Supplirung unstatthaft. OAGE. in Nr. 1393 1848/49. — Ueber das vermeinte Erforderniß der Nachweisung vorausgegangener Mahnung, wenn es sich von einer Darlehensforderung ohne Aufkündigungsfrist handelt, s. Seuffert's Archiv Bd. VII Nr. 247; über Verzugs-Nachweisung, wenn die commissorische Klausel geltend gemacht wird — ebd. Nr. 251.

18) Bl. f. Rechtsanw. Bd. III S. 23. Dagegen ist es nicht gerade nothwendig, daß die Zahlungszeit durch specielle Anführung des vollständigen Datums ausgedrückt werde; es genügt auch schon eine allgemeinere Bezeichnung, wenn sie nur überhaupt auf eine Art geschieht, daß daraus die Zahlungszeit gehörig entnommen werden kann, z. B. „an Lichtmeß," „an Walburgi." Ebd. S. 25.

darauf, wenn vom Tage der Ausstellung schon einige Zeit verflossen ist, die Einklagung im Exekutivprozesse stattfinden. — Daß in der Urkunde keine Bestimmung über den Zahlungsort vorkommt, steht dem Exekutivprozeß nicht im Wege [18a]).

Der Klage muß auch in dieser Prozeßart die Bescheinigung über den vorhergegangenen gemeindlichen Sühneversuch beiliegen [19]).

C. Verfahren.

1) Die Klagschrift ist im Exekutivprozesse ganz so einzurichten wie im ordentlichen Prozesse, nur müssen sogleich mit derselben die alle Momente des Klagegrundes umfassenden Urkunden [19a]) in Abschrift übergeben [20])

18a) In der GO. (III, §. 3 Nr. 5) ist ein Erforderniß diesen Betreffs nicht erwähnt. In Bezug auf das gemeine Recht vgl. Gett a. a. O. S. 59 f.

19) Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 333.

19a) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. VII Nr. 261, 1) Gett a. a. O. S 90 f.

20) Die Vorlage der Urkunden durch ein Editionsgesuch zu ersezen, geht nicht an. Auch bei Urkunden, welche der Richter besizt, muß die Erwerbung von Abschriften vorhergegangen sein. Kori a. a. O. S. 42, 43. — Bei Urkunden in fremder Sprache muß im Exekutivprozesse nebst Beilegung einer Uebersezung zugleich der urkundliche Nachweis der Uebereinstimmung mit dem Originale beigebracht werden. Vgl. Seuffert's Archiv Bd. VII Nr. 260. In einem gegebenen Falle wurde indessen bezüglich einer in französischer Sprache abgefaßten Urkunde (in einem Casseler OAGE.) wegen der weiten Verbreitung der Kenntniß dieser Sprache, von jenem Erfordernisse Umgang genommen. — Die in den Bl. f. RA. Bd. VII S. 124 mitgetheilte Erörterung bezieht sich auf das gewöhnliche Verfahren.

und um Einleitung des Exekutivprozesses gebeten werden [21]). Dieses Prozeßgesuch ist, der Eigenthümlichkeit des Verfahrens entsprechend, darauf zu richten, es möge die Klage (mit den Urkunden) dem Beklagten mitgetheilt und hiernächst eine Tagfahrt zur Vorlage der Originalien und zu deren Anerkennung resp. Einsicht [22]) unter dem Rechtsnachtheile der für geschehen anzunehmenden Anerkennung oder Einsicht anberaumt, nach gepflogener ordnungsmäßiger Verhandlung aber der Beklagte zur Zahlung der eingeklagten Forderung sammt (Zinsen und) Kosten bei Vermeidung richterlicher Hülfe verurtheilt werden [23]).

2) Der Richter prüft, wenn sich ihm hinsichtlich der Kompetenz und sonstigen Bedingungen der Rechtsgültigkeit des Verfahrens keine Mängel darstellen, die Klage vorerst nach ihrem materiellen Gehalte, und verwirft sie, bei dem Dasein von Mängeln, welche auch die Einleitung des ordentlichen Prozesses hindern würden, in gleicher Weise, wie in lezterem üblich ist. Fehlt es nur an Erfordernissen des Exekutivprozesses, so hat der Richter zu erwägen, ob nach dem Inhalte der Klage die Sache an sich zum Exekutivprozesse geeignet ist, und die noch mangelnden Voraussezungen für diese Prozeßart, z. B. die Nachweisung der Kündigung der Cessionsvaluta für die eingeklagte (verkaufsweise) cedirte Forderung [23a]), von dem Kläger noch werden ergänzt werden können, oder ob sich die Sache an sich nach der Natur des Anspruches, z. B. bei einer ding-

21) Ist die Zulässigkeit des Exekutivprozesses zweifelhaft, so ist das Prozeßgesuch zu motiviren.

22) Privaturkunden eignen sich zur Anerkennung, öffentliche Urkunden nur zur Einsicht. Ger. Ordn. Kap. XI §. 7.

23) Kori a. a. O. S. 39, 40; Gett a. a. O. S. 95.

23a) S. oben Note 9c.

lichen Klage, oder nach dem Inhalt der Urkunde, z. B. wenn der Schuldner versprochen hat, „sobald als möglich zu bezahlen," gar nicht zum Exekutivprozesse eignet. Im ersteren Falle ist der Beklagte in einer motivirten Entschließung mit dem Gesuche um Einleitung des Exekutivprozesses angebrachtermaßen abzuweisen; worauf er sodann mit einer neuen, gehörig belegten Exekutivklage auftreten kann. Im lezteren Falle dagegen ist der Kläger mit seinem Prozeßgesuche abzuweisen, zugleich aber sofort die Verhandlung der Sache entweder im ordentlichen Verfahren, etwa bei dem Dasein der Voraussezungen unter Erlassung eines bedingten Mandates, oder in dem allenfalls stattfindenden beschleunigten Verfahren im mündlichen Verhöre einzuleiten [24]).

Findet der Richter den Exekutivprozeß zuläßig, so wird die Klage nebst Beilagen dem Beklagten mitgetheilt und Tagfahrt zur Vorlage der Originalien und zu deren Anerkennung resp. Einsicht anberaumt. Hiezu sind beide Theile peremtorisch vorzuladen, die Ladung des Beklagten zugleich auf Anbringung der im Exekutivprozesse zuläßigen Einreden zu richten, dem Kläger aber das Präjudiz des Verzichtes auf diese Prozeßart vorzustecken; leztere auch (für den Fall der Unterlassung der Produktion der in der Klage angezogenen Urkunden) auf die Bestimmungen der Gerichtsordnung Kap. XI §. 5 Nr. 4 hinzuweisen, hat zwar die Analogie des gewöhnlichen Verfahrens für sich, ist aber von der Praxis nicht angenommen.

24) Der hier bezeichnete Mittelweg zwischen der Ansicht von Stürzer's a. a. O. S. 302 und jener Gönner's (Handbuch Bd. I Abh. 10 §. 12 Nr. 5) und Gett's (a. a. O. S. 103) dürfte durch die Rücksicht auf Beschleunigung der Rechtspflege sich am meisten empfehlen.

3) Wenn im Termine eine oder beide Parteien ausbleiben, so ist Nachstehendes Rechtens:

a) Sind beide Parteien nicht erschienen; so treten die gewöhnlichen Folgen des gegenseitigen Ungehorsames ein [25].

b) Ist der Kläger allein nicht erschienen; so kann er die Exekutivklage gegen den Beklagten nicht weiter verfolgen [25a]), — sich jedoch derjenigen Urkunden, wovon Abschriften der Klage beigefügt waren, für den Beweis im ordentlichen Verfahren allerdings noch bedienen [26]). Wenn im Falle des Nichterscheinens des Klägers der Beklagte in continenti liquide Einreden vorzubringen vermag, so steht es ihm frei, statt um Entbindung von der Instanz um definitive Entbindung von der Klage zu bitten [27]).

c) Das Nichterscheinen des Beklagten hat auf geschehene Vorlage der Originalurkunden dessen Verurtheilung im Exekutivprozesse zur Folge [27a]). Es ist ihm je-

25) Kori S. 53. Gett a. a. O. S. 109. Kommentar unten zu Kap. V §. 10.

25a) Gett a. a. O. S. 110 f.

26) Stürzer a. a. O. S. 303; Gett a. a. O. S. 114 f. Im Hinblick auf GO. Kap. XI §. 5 Nr. 4 abweichend Bl. f. RA. Bd. VI S. 21. Allein das Präjudiz, welches dieser Stelle der GO. entspricht, pflegt bei Einleitung des Exekutivprozesses nicht angedroht zu werden, läßt sich daher auch nicht verwirklichen.

27) Claproth summar. Proz. 2te Aufl. §. 170. In einem solchen Falle ist daher der Kläger seiner allenfallsigen Repliken gegen die Einreden des Beklagten ipso jure verlustig, was auch den gesezlichen Bestimmungen über das gewöhnliche Verfahren ganz gemäß ist. Ges. v. 17. Nov. 1837 §. 17 lit. f §. 29.

27a) Gett a. a. O. S. 114 f. Natürlich wird Beantragung dieses Contumazialbescheides von Seite des Klägers vorausgesezt.

doch unbenommen, im Wege der Nachklage seine Einreden, die er bei der Verhandlung in dieser Prozeßart gar nicht vorgebracht hat, später besonders geltend zu machen; die Wirkungen seines Ungehorsames erstrecken sich nur auf diese Prozeßart [28]).

Was

4) die Vertheidigung des Beklagten betrifft, so sind als Eigenthümlichkeiten hervorzuheben [28a]), daß, weil mit der Klagschrift sofort ein Urkundenbeweis verbunden worden, eine bloß negative Einlassung unwirksam ist, vielmehr die Erklärung über die Aechtheit der Urkunden an deren Stelle tritt, und daß peremtorische oder dilatorische Einreden, soweit sie nicht den Rechtsbestand des Verfahrens betreffen, z. B. den Mangel der Vollmacht, des Streitconsenses ꝛc., oder die Beweislast auf den Kläger wälzen, im Exekutivprozesse eine Wirksamkeit nur unter Voraussezung sofortiger Nachweisung durch Urkunden haben [29]).

Im Uebrigen kann der Beklagte vorbringen:

28) Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 89.

28a) Die Vorschrift der Novelle von 1837 (§. 17 lit. d), angehend die Belehrung der Parteien bei der Verhandlungstagfahrt, findet im Exekutivprozesse keine Anwendung. OAGE. in Nr. 1366 1850/51.

29) Gett a. a. O. S. 152. Andere Beweismittel sind in dem Exekutivprozesse ausgeschlossen, insbesondere auch die Eidesdelation. Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV S. 292. Wenn jedoch der Kläger den ihm deferirten Eid, ohne dessen Zulässigkeit zu bestreiten, ohne Erinnerung acceptirt, so darf dieses Beweismittel bei dem in Mitte liegenden Verzichte vom Richter zugelassen werden. Ebd. S. 156. Auf Urkunden, die sich in den Händen des Klägers befinden, kann sich der Beklagte zum Nachweise seiner Einreden nicht beziehen. Ebd. S. 289.

a) Forideklinatorische Einreden, wobei, soferne es auf Erhebung faktischer Umstände ankommt, der Beweis von dem Beklagten nicht sofort beigebracht zu werden braucht, sondern es Sache des Richters ist, über das Dasein der Vorbedingungen seiner Competenz sich von Amtswegen zu informiren, oder nach Umständen einer der Parteien geeignete Auflagen zu machen [30].

Mit den gerichtsablehnenden Einreden braucht eine Erklärung über die vorgelegten Urkunden nicht verbunden zu werden [31]. Wird die gerichtsablehnende Einrede ver-

30) Z. B. wenn der Beklagte vorbringt, er wohne nicht in diesem Gerichtsbezirk, er habe hier nur temporären Aufenthalt, wird der Richter dem Kläger den Nachweis des Domicils; wenn der Beklagte vorbringt, er sei schon vor Erhebung der Klage weggezogen, demselben den Nachweis der Wohnungsveränderung; wenn er sich darauf beruft, er sei ordinirter Geistlicher, den Nachweis der Ordination auferlegen.

31) Ges. v. 17. Nov. 1837 §. 24. Vgl. Arends Samml. Bd. II S. 34. Zu den gerichtsablehnenden Einreden gehört zwar auch exc. litis alibi pendentis, nicht aber der Einwand, daß bei dem nämlichen Gerichte zwischen denselben Parteien ein Streit wegen derselben Sache anhängig sei (exc. litis pendentis). Bl. f. RA. Bd. V S. 160. Kann der Aussteller einer zur Einleitung des Exekutivprozesses geeigneten Schuldurkunde sich eine wirksame Einrede gegen die Exekutivklage dadurch verschaffen, daß er derselben mit einer von ihm erhobenen, den Rechtsbestand des Inhaltes jener Schuldurkunde angreifenden Klage zuvorkommt? Diese Frage wurde von OAG. zu München bejaht (Bl. f. RA. Bd. XI S. 56). S. aber dagegen eine Entscheidung des OAG. zu Darmstadt in Seuffert's Archiv Bd. III S. 247. — In Bezug auf exceptio cautionis vgl. Bl. f. Rechtsanw. Bd. V S. 134 ff. mit Bd. VI S. 70 Note 6.

worfen, so ist sogleich weiterer Termin zur Erklärung über die Urkunden anzuberaumen [32]).

b) Dilatorische Einreden, mit welchen (für den Fall der Verwerfung) die Erklärung über die Urkunden unter dem Rechtsnachtheile der Anerkennung zu verbinden ist, insbesondere die exceptio non rite formati processus [32a]). Diese kann sich entweder darauf beziehen, daß die Klage an sich z. B. als dingliche sich nicht zum Exekutivprozesse eigne, oder darauf, daß eine vorgelegte Urkunde wegen besonderer Fehler [32b]) nicht rekognoscibel resp. nicht vollkommen beweiskräftig sei, — oder ihres Inhaltes wegen, z. B. als cautio indiscreta, den Exekutivprozeß nicht zu begründen vermöge, oder auch darauf, daß der versuchte Urkundenbeweis nicht alle Merkmale des Klagegrundes vollständig umfasse.

Soferne die entgegengesezten dilatorischen Einreden den Rechtsbestand des Verfahrens betreffen, hat der Richter dem Kläger aufzugeben, entweder das Fehlende zu ergänzen, z. B. die mangelnde Vollmacht, oder den nöthigen Beweis zu liefern, z. B. bei der exceptio def. personae standi in judicio, wenn sich derselbe hierüber noch auszuweisen hat.

32) Ges. v. 17. Nov. 1837 §. 26.

32a) Dieser Einwand war in einem gegebenen Falle vom Beklagten in der Produktionstagfahrt nicht vorgebracht worden, und wollte in der höheren Instanz nachgeschleppt werden; was vom OAG. für unstatthaft erachtet wurde. Arends Samml. Bd. IV S. 67. — Vgl. übrigens Bl. f. RA. Bd. II S. 122, Bd. VI S. 220 Nr. 4.

32b) Ob etwa Ermangelung der Angabe von Zeit oder Ort der Ausstellung der Beweiskraft Eintrag thun, ist richterlicher Erwägung der besonderen Umstände anheimgestellt. Komment. zu Kap. XI §. 9, II, 1). Gett a. a. O. S. 59 f.

c) Rechtsdeduktionen gegen den Grund der Klage, wie im ordentlichen Prozesse.

d) Eine Widerklage, wenn sie gleichfalls zu dem Exekutivprozesse sich eignet [33]).

5) In dem Termine selbst hat zuerst die Vorlage der Originalurkunden von Seite des Klägers zu geschehen; darauf folgt, wenn keine davon befreiende Einrede opponirt wird, die Erklärung des Beklagten über die Aechtheit derselben. Werden sie von dem Beklagten diffitirt, so muß er sich zur sofortigen Ableistung des Diffessionseides bereit halten [34]), und der Eid ist in diesem Termin zu leisten, ohne daß derselbe durch den Antrag des Klägers auf Schriftenvergleichung oder auf Zeugenbeweis abgewendet werden kann [35]).

Werden die Urkunden rekognoscirt, so kommt es darauf an, ob Einreden opponirt worden sind oder nicht. Im letzteren Falle findet ein weiteres Verfahren nicht statt. Im ersteren ist mit dem Vorbringen, abgesehen von den oben bezeichneten Ausnahmsfällen, der Urkundenbeweis zu verbinden. In der Verhandlung darüber kann der Kläger a) den Rechtsbestand der Einreden angreifen, b) die Qua-

33) Lauk im Archiv für die civ. Prax. Bd. XII S. 77; Gett a. a. O. S. 162.

34) Documenta publica können nicht diffitirt, aber deren Unächtheit kann in continenti durch documenta liquida dargethan werden. Vgl. Stürzer S. 306. Zurückschiebung und Gewissensvertretung finden nicht statt. Bl. f. RA. Bd. II S. 371. Gett a. a. O. S. 137.

35) Seuffert's Archiv Bd. IV Nr. 189; Bd. VII Nr. 261, 4). Nur durch den mittels anderweiter Dokumente sofort zu führenden Beweis der Aechtheit der in der Klage angezogenen Urkunden kann der Ableistung des Diffessionseides begegnet werden. Vgl. Stürzer a. a. O. und Gett a. a. O. S. 136.

lifikation, dem Exekutivprozesse zu genügen, bestreiten, c) die Urkunden rekognosciren oder diffitiren, in welchem lezteren Falle er sich gleichfalls zur sofortigen Ableistung des Diffessionseides bereit halten, und denselben auf Verlangen sogleich in dem Termine ableisten muß, d) urkundlich sofort liquide Repliken vorbringen [36]). Die Verhandlung über leztere ist ganz dieselbe wie die eben erörterte über die Einreden. Dem Beklagten ist überall, wo die Replik irgend eine Bestreitung des Vorhergegangenen enthält, eine Duplikerklärung zu verstatten. — Das Verfahren über eine zulässige Widerklage hat nichts Besonderes.

D. Erkenntniß. [36a])

Wie im ordentlichen Prozesse wird, was an Klage, Einreden oder Repliken als unbegründet erhellet, definitiv verworfen; hingegen dasjenige, was nur wegen Illiquidität zur Wirksamkeit im Exekutivprozesse ungeeignet ist, zur besonderen Austragung entweder ausdrücklich oder stillschweigend vorbehalten [36b]). Nur im Sinne dieser Unterscheidung gilt der Saz, daß der Exekutivprozeß nicht auf eine erschöpfende Erörterung der ganzen Sache berechnet ist. — Eidlich diffitirte oder wegen gänzlichen Mangels der Beweiskraft verworfene Urkunden kann der Produzent

36) Sezt der Kläger nur illiquide Repliken entgegen, so ist er im Exekutivprozesse unter Vorbehalt der besonderen Austragung seiner Ansprüche im gewöhnlichen Verfahren abzuweisen, keineswegs aber auf Beweis der Repliken zu erkennen, was dem Wesen des Exekutivprozesses geradezu entgegen wäre. G. Lauk observ. for. Wirceb. 1817 obs. I §. 5. Bayer Theorie des summ. Proz. §. 47 not. 8. Mittermaier a. a. O. S. 187. Gett a. a. O. S. 168.

36a) Vgl. Gett a. a. O. S. 169 f.

36b) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. I S. 404.

gegen denselben Gegner oder dessen Rechtsnachfolger auch nicht mehr zur Nachklage benuzen [36c]), wohl aber solche, welche nur für ungeeignet befunden wurden, den im Exekutivprozeß erforderlichen Beweis zu liefern (vergl. auch Note 26). Der Vorbehalt der Nachklage hinsichtlich der wegen Illiquidität außer Wirksamkeit gebliebenen oder in der Verhandlung des Exekutivprozesses gar nicht zur Sprache gebrachten Punkte, sowie der nicht angeführten Beweismittel versteht sich von selbst; doch ist es zweckgemäß, ihn im Urtheile wenigstens im Allgemeinen auszudrücken, soferne nach Lage der Akten eine Nachklage in Aussicht steht [37]). Dieser ausdrückliche Vorbehalt der Nachklage hat die Wirkung

36c) Gett a. a. O. S. 137 f. Läßt es der Kläger nicht zur Ableistung des Diffessionseides kommen, indem er die Exekutivklage (unter Kostenersaz) fallen läßt, so steht nichts im Wege, sich der fraglichen Urkunde in einem späteren Verfahren mit der ganzen ihr zukommenden Wirksamkeit zu bedienen. — Uebrigens ist obiger Saz nicht so zu verstehen, als ob im Falle der eidlichen Diffession der im Exekutivprozesse produzirten Urkunde überhaupt die nochmalige Geltendmachung derselben Forderung im gewöhnlichen Verfahren ausgeschlossen sei. Nur die Unbrauchbarkeit der eidlich diffitirten Urkunde zu diesem Zwecke ist behauptet. Vgl. OAGE. (Nr. 701 1837/38) in Arends Samml. Bd. II S. 11 lit. c.

37) Ein solcher Vorbehalt wird dann einzutreten haben, wenn der Kläger aus Mangel an beweisenden Urkunden oder wegen Mangels der Liquidität der gegen eine liquide Einrede gebrauchten Replik im Exekutivprozesse abgewiesen, oder der Beklagte wegen Illiquidität seiner Einreden im Exekutivprozesse verurtheilt wird. Dagegen wird der Vorbehalt wegfallen, wenn der Kläger den Beweis seiner Forderung durch Urkunden vollständig geliefert, und der Beklagte nicht einmal eine illiquide Einrede vorgebracht, oder wenn der Beklagte den

1) daß der im Exekutivprozesse verurtheilte Beklagte vor dem Vollzuge des Urtheils die Sicherstellung wegen der Nachklage zu verlangen befugt ist, welche jedoch von dem Kläger dadurch geleistet werden kann, daß er dasjenige, was der Beklagte zu zahlen hat, von demselben nach Verhältniß der Nachklage bei Gericht hinterlegen läßt [38]).

2) Daß in einem solchen Falle gegen zwei in der Hauptsache gleichförmige Erkenntnisse die Appellation an die dritte Instanz nicht statt hat [39]).

Die Nachklage gehört, da in Ansehung des Streitobjektes eine Konnexität besteht, vor dasjenige Gericht, bei welchem der Exekutivprozeß anhängig war [40]).

Beweis einer zerstörlichen Einrede durch ein im Exekutivprozesse zulässiges Mittel vollständig hergestellt und der Kläger nicht einmal eine illiquide Replik dagegen vorgebracht hat (vgl. Note 27 oben). S. Gönner Kommentar zum Geseze vom 22. Juli 1819 S. 320.

38) Ges. v. 22. Juli 1819 §. 8 Nr. III.

39) Ges. v. 17. Nov. 1837 §. 54 Nr. 6. Darüber, ob nur der ausdrückliche Vorbehalt der Nachklage in dem Erkenntnisse die hier aufgeführten beiden Wirkungen hat? vgl. Bl. f. Rechtsanw. Bd. V S. 380. Nach der Praxis des OAGE. wird es nicht als wesentlich für die Ausschließung der Oberberufung angesehen, daß der Vorbehalt weiterer Rechtsversezung in den gleichförmigen Urtheilen ausgedrückt sei. Vgl. Komment zu Kap. XV §. 12 Abschnitt III Nr. 6 a. E.; Bl. f. RA. Bd. XV S. 49. Uebrigens ist die Oberberufung auch in Ansehung des Streitpunktes, worüber die weitere Rechtsverfolgung vorbehalten bleibt, in dem Falle zuzulassen, wenn das Rechtsmittel zugleich andere Streitpunkte betrifft, deren Beurtheilung im Exekutivprozesse nichts Besonderes hat, wie z. B. der Rechtsgrund der Klage. Bl. f. RA. a. a. O.

40) Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV S. 31. Ebd. Bd. V S. 367. Vgl. auch OAGE. in Nr. 1212 1845/46.

In dem verurtheilenden Erkenntnisse ist sogleich die Exekution anzudrohen und die gesezliche Zahlungsfrist vorzusezen [41]). Wenn der Beklagte nur in dem Exekutivprozeß, nicht definitiv, losgesprochen wird (vgl. Note 37 oben), so ist es zweckgemäß, sich der Formel zu bedienen „wird der Beklagte von der erhobenen Exekutivklage entbunden," um das Gebiet der Rechtskraft auch durch die gebrauchte Urtheilsformel nur auf diese Prozeßart zu beschränken.

Wenn sich die Exekutivklage dem Gegenstande oder Betrage nach zum beschleunigten Verfahren im mündlichen Verhöre eignet, so können gleichwohl die für lezteres gegebenen Vorschriften keinen Einfluß äußern, weil solche an die Stelle der in der Gerichtsordn. III §. 3 Nr. 1—4 enthaltenen Bestimmungen getreten sind, nicht aber auch die Sphäre der dort unter Nr. 5 gegebenen Vorschrift, nämlich den Exekutivprozeß umfassen. — In solchen Fällen steht es in der Wahl des Klägers, entweder den Weg des mündlichen Verhörs zu betreten oder im Exekutivprozesse zu klagen. Die Vorschrift, daß die in §. 1 der Novelle v. 1837 unter Nr. 1—9 bezeichneten Sachen im mündlichen Verhör verhandelt werden *müssen*, schließt nur die Verhandlung im ordentlichen Verfahren, nicht aber die Erhebung des Exekutivprozesses aus.

E. Anhang. Vom Verfahren bei Einklagung rückständiger Zinsen eines Hypothekenkapitals aus den lezten zwei Jahren [1]).

Wenn der Hypothekgläubiger [1a]) rückständige Zinsen

41) Wird in der *Praxis* keineswegs allgemein beobachtet.

1) Vgl. *Gönner* Kommentar über das Hypothekengesez. Bd. I S. 428—434. — *Lehner* Lehrb. des Hypothekenrechtes S. 137—148.

1a) Die Frage, ob die Hypothekenzinsklage nach §. 52 des HG.

eines im Hypothekenbuche eingetragenen Kapitals von den lezten zwei Jahren einfordert, so kann er verlangen, daß dem Schuldner auf die eingereichte Klage sogleich aufgetragen werde, den Zinsenrückstand binnen 8 Tagen bei Vermeidung der Exekution zu bezahlen. Der Schuldner soll mit keiner Einrede, die er nicht auf der Stelle durch Urkunden beweisen kann, gehört, vielmehr auf weiteres Anrufen des Gläubigers sogleich mit der Exekution verfahren, und diese in keinem Falle durch ein Rechtsmittel aufgehalten werden [2]).

Dieses sofort auf die Klage einzuleitende, dem Stadium der Exekution angehörige [2a]) Verfahren kommt

1) nur da zur Anwendung, wo von einem im Hypothekenbuche als verzinslich eingetragenen Kapital die bedungenen Zinsen aus den lezten zwei Jahren allein gefordert werden [3]).

Es hat also insbesondere nicht statt a) bei bloß vorgemerkten Forderungen, b) bei Verzugszinsen, c) bei Annuitäten einer im Hypothekenbuche eingetragenen Rente, d) wenn mit dem privilegirten Zinsenrückstand auch ein älterer Rückstand oder das Kapital selbst ganz oder zum Theil eingeklagt wird [4]). Ausgenom-

von demjenigen angestellt werden könne, welchem die Hypothekforderung verpfändet ist, wurde vom OAG. verneint. Bl. f. RA. Bd. XII S. 47. — Ueber die Erhebung der Hypothekenzinsklage von Cessionaren vgl. Arends Sammlung Bd. II S. 267. Einem nicht ins Hypothekenbuch eingetragenen Cessionar steht sie nicht zu. Ebd. S. 392.

2) Hyp. Ges. v. 1. Juni 1822 §. 52.

2a) Vgl. Kommentar zu Kap. XVIII §. 1 (Bd. IV S. 227 der I. Aufl.).

3) Vgl. Gönner a. a. O. S. 432. Lehner a. a. O. S. 137.

4) Hat indessen der Gläubiger das Kapital selbst, und mit die-

men hievon sind die Annuitäten bei den von der bayerischen Hypotheken- und Wechselbank entlehnten Kapitalien. Zu deren Gunsten ist in dem Geseze vom 15. April 1840, die Abänderung der §§. 7, 8 u. 10 des Ges. v. 1. Juli 1834 über die Errichtung einer bayer. Hypotheken- und Wechselbank betr. [5]), Art. II bestimmt, daß der §. 52 des Hyp. Ges. auf den Vollbetrag verfallener Annuitäten Anwendung findet, soferne in den von der Bank abgeschlossenen Darlehns-Verträgen diese Anwendung bedungen ist [5a]).

2) Das hier gezeichnete Verfahren ist beschränkt auf den Zinsenrückstand von den lezten zwei Jahren. Darunter sind diejenigen zu verstehen, welche von dem laufenden Zins- (nicht Kalender-) Jahr an und mit Ausschluß desselben von den lezten zwei Zinsjahren verfallen sind.

3) Nicht bloß gegen den Schuldner, sondern auch gegen den dritten Besizer der hypothezirten Sache findet die Zinseneinklagung auf solche Weise statt [6]).

sem die Zinsen eingeklagt, so hat er hiedurch das Recht, die Zinsen der lezten zwei Jahre späterhin gesondert in dem privilegirten Verfahren einzuklagen, nicht verloren. Lehner a. a. O. S. 138.

5) Ges. Bl. v. J. 1840 S. 63.

5a) Wenn derjenige Theil der jährlichen Leistung, welcher der allmäligen Tilgung des Kapitals dienen soll, mit dem Zinsbetrag zusammen, das Maß der erlaubten Zinsen nicht oder nur unbedeutend übersteigt, so ist wohl, auch außer obigem Falle, einer Verabredung, daß dem Gläubiger zur Einforderung der Annuitäten das Verfahren nach §. 52 des Hyp. Ges. zu Gute kommen soll, die Wirksamkeit nicht abzusprechen. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XIII S. 191.

6) Unter dem Schuldner ist nicht bloß der ursprüngliche zu ver-

Die in Frage befindliche Hypothekenzinsklage kann bei dem Gerichte, unter welchem die Sache liegt, aber auch bei dem ordentlichen Richter des Schuldners erhoben werden [7]). In Ansehung des Verfahrens ist zu bemerken:

a) Die Klage kann mündlich oder schriftlich angebracht, sie muß aber mit dem Hypothekenbrief im Original oder in beglaubigter Abschrift oder mit einem beglaubigten Auszuge aus dem Hypothekenbuch belegt werden [8]). Zugleich ist das Exekutionsobjekt zu benennen, in welcher Beziehung, wenn bei dem ordentlichen Richter geklagt wird, keine Beschränkung auf das Hypothekobjekt oder dessen Früchte obwaltet [8a]).

b) Findet der Richter das Verfahren nach §. 52 statthaft, so erfolgt der unbedingte Auftrag, den geforderten Rückstand binnen 8 Tagen bei Vermeidung der Exekution zu bezahlen.

stehen, sondern auch ein Dritter, dessen Nachfolge in das Schuldverhältniß das Hypothekenbuch ausweist. Auch der Anspruch auf Befriedigung aus dem Hypothekobjekte, welcher nach § 49, 55, 56 des HG. gegen den dritten Besitzer stattfindet, hat die Eigenschaft einer Schuldforderung. Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 135. Abw. Kleiner a. a. O. S. 129 f.

7) Gönner a. a. O. S. 434.

8) Auf den Grund der Vorlage von Partialobligationen, auf jeden Inhaber lautend, muß man die Einklagung der Zinsrückstände nach §. 52 des Hypothekengesezes zulassen, indem dieselben die Stelle der Hauptschuldenverschreibung (des Hypothekenbriefes) vertreten, und als mit ihr ganz identisch als eine Obligation angesehen werden müssen, daher eben so gut als diese Originalverschreibungen sind. Bl. f. Rechtsanw. Bd. VI S. 14. Vgl. ebd. Bd. XI S. 8.

8a) Vgl. Gönner a. a. O. S. 434. S. auch Komment. zu Kap. XVIII §. 2, II Note 5 (Bd. IV Aufl. I S. 245).

c) Bis zur Vollstreckung [9]) kann der Beklagte Einreden, aber nur solche vorbringen, die er auf der Stelle durch Urkunden, die er in dem Termine dem Richter in Original vorzulegen hat, zu beweisen vermag. Einwendungen gegen die Zulässigkeit des Verfahrens, gegen Art und Objekt der Exekution sind an die 8 tägige Frist gebunden.

d) Hat der Beklagte eine zulässige Einrede [9a]) vorgebracht, so wird von dem Richter ein naher Termin zur Verhandlung hierüber und zur Erklärung über die Urkunde vorgelegt. Erfolgt bei Privaturkunden eine die Rekognition ablehnende Erklärung, so wird die darauf gestützte Einrede verworfen und ad separatum verwiesen, soferne nicht der Aechtheitsbeweis sofort durch anderweite Dokumente geführt wird [9b]). — Einwendungen gegen Art und Objekt der Exekution sind zurückzuweisen, wenn ihre Beachtung Aufenthalt der Vollstreckung mit sich bringen würde.

9) Lehner a. a. O. S. 143, welcher richtig bemerkt, daß ein Ausschluß der Einreden wegen Ungehorsams darum nicht stattfinde, weil ja keine Ladung zum Vorbringen derselben erlassen worden. Vgl. Komment. zu Kap. V §. 7. Insbesondere muß natürlich die urkundliche Nachweisung der Befolgung des Zahlungsmandates noch bis zum Vollstreckungsakte selbst zugelassen werden.

9a) Daraus allein, daß gegen die fragliche Hypothekforderung eine Protestation eingetragen ist, kann eine wirksame Einrede nicht abgeleitet werden. Bl. f. RA. Bd. XII S. 161 f. — Ueber die Zulässigkeit der exc. n. n. p. gegen die Hypothekzinsklage s. ebd. S. 341.

9b) Auf den Diffessionseid von Seite des Klägers kann in diesem Verfahren nicht erkannt werden. OAGE. v. 27. Febr. 1847 Nr. 1456 1845/46. Arend's Samml. Bd. II S. 390.

e) Bringt der Beklagte keine Einreden vor, oder werden die vorgebrachten sogleich oder nach gepflogener Verhandlung verworfen, so wird auf weiteres Anrufen des Klägers sofort mit der Exekution verfahren, ohne daß diese durch Rechtsmittel aufgehalten werden kann [10]. Im Uebrigen kommt hier zur Anwendung, was von Rechtsmitteln im Exekutionsverfahren gilt [11].

§. 4.

Von dem petitorio und possessorio plenario.

I.

Das possessorium plenarium vel ordinarium der Gerichtsordnung ist nichts anderes, als das remedium retinendae possessionis, wie es sich im römischen Rechte gestaltet hat, und durch den Einfluß des canonischen Rechts [1]) und der Doktrin für gewisse Fälle modifizirt, auch in die bayerische Gesezgebung übergegangen ist [1a]). Demzufolge erfordert dasselbe zu seiner Begründung a) gegenwärtigen juristischen Besiz (possessio) des Klägers; b) eine vom Beklagten begangene Störung dieses Besizes [2]). Der Annahme der ersten dieser beiden Erfor-

10) Ges. v. 17. Nov. 1837 §. 92 Abs. 2 u. 3. Vgl. hierüber Komment. zu Kap. XVIII §. 8, IV Nr. 2 lit. e.

11) Vgl. Komment. zu Kap. XVIII a. a. O.

1) Vgl. insbesondere cap. 9, 10 X de probat. (2, 19). Seuffert prakt. Pand. R. (Aufl. III) §. 412.

1a) Dies ergibt sich aus der Vergleichung des §. 4 mit den Bestimmungen des Landrechts von 1756 Th. II Kap. V §. 12. — Vgl. über die Modifikationen der röm. possess. Rechtsmittel, auf welche auch germanische Rechtsansichten einwirkten, vorzüglich Mittermaier deutsch. Proz. Beitr. IV ed. II S. 285 ff.

2) S. das L. R. a. a. O. — Vgl. jedoch Kreittmayr in

dernisse steht es nicht im Wege, daß die Gerichtsordnung bestimmt, es werde hier

> auf die ältere Possession zurückgegangen und zugleich die Art, wie dieselbe erlangt worden ist, ordentlich untersucht."

Lezteres bezieht sich auf die aus dem gemeinen Rechte bekannte Einrede der Fehlerhaftigkeit des Besizstandes [3]), Ersteres nur auf Fälle einer besondern Beschaffenheit, indem es für solche eine nähere Vorschrift enthält. Es kömmt nämlich nicht selten vor, daß Jeder von beiden Theilen — bezüglich des in Frage befindlichen Rechtsgegenstandes — in neuerer Zeit Besizhandlungen vorgenommen hat, und deshalb Zweifel darüber obwalten, wer von beiden Besizer sei. Hier zieht nun derjenige den Kürzern, dessen Besizhandlungen sich als fehlerhaft ergeben, und bei Gleichheit der Lage in anderen Punkten entscheidet das Alter des Besizes, d. h. demjenigen wird der Schuz zuerkannt, dessen Besizhandlungen auf eine weitere Vergangenheit zurückgehen [4]). Nicht zur Begründung der Klage ge-

der Anmerk. z. angef. §. 12 Nr. 6: „Ist aber die Turbation noch nicht wirklich geschehen, sondern nur aus den bescheinigten Umständen zu befürchten, so ergeht mandatum mere inhibitorium."

3) Kreittmayr in den Anmerk. zum §. 4 lit. a: „Zweitens examinirt man auch die Art und Weise, wie man zur Possession gekommen, ob kein Vitium darin steckt, und ob nicht etwa dieselbe mit Gewalt, heimlich oder bittweis erlangt worden sei."

4) Vgl. Cap. 9 X de probat. (2, 19). S. Savigny Rechtslehre vom Besiz §. 51; Bayer a. a. O. §. 68. — Daß Kreittmayr hier nur Fälle solcher Art vor Augen gehabt, ergibt sich aus der Stelle der Anmerk. lit. a.: „Man schauet erstlich darauf, wer von beiden Theilen eben nicht gegenwärtige, sondern die ältere Possession für sich habe, ita ut in pro-

hört die Bezugnahme auf das Alter des Besitzes; erst durch die Vertheidigung des Beklagten kann sie nothwendig oder nützlich werden, und wenn sie schon in der Klagschrift vorkömmt, erscheint sie hier als antizipirte Replik.

In anderen Fällen hat der Kläger die Besitzhandlungen einer früheren Zeit in der neuesten nicht fortgesetzt, z. B. seit Jahr und Tag keinen Holzschlag in dem fraglichen Walde vorgenommen oder den strittigen Jagddistrikt nicht begangen, wohingegen der Beklagte in dieser neuesten Zeit durch Holzschläge oder Jagdgänge die Rolle des Besitzers spielte. Nach den vom Verluste des Besitzes geltenden Grundsätzen ist der Kläger, jener Unterlassung ungeachtet, Besitzer geblieben [5]); auch die Besitzhandlungen des Gegners, wenn sie nicht in einen Dejektionsakt übergingen, hoben die aus der älteren Zeit fortdauernde Possession nicht auf [6]); und dieser Fortdauer wird selbst dadurch kein Ende gemacht, daß der Gegner auf dem Grunde seiner neuerlichen Besitzhandlungen den richterlichen Schuz im jüngsten

batione et adjudicatione possessionis etiam unius horae, momenti, vel puncti habenda sit ratio." Dies paßt nur auf Fälle der angegebenen besonderen Beschaffenheit. Wenn übrigens hier gesagt wird, es werde nicht darauf gesehen, wer die gegenwärtige Possession für sich habe, so heißt dies nur so viel, der Umstand, daß der eine Theil keine Besitzhandlungen aus der neuesten Zeit für sich habe, stehe seinem Anspruch auf Schuz im ordentlichen Besitz nicht entgegen. Denn die zeitliche Unterlassung der Besitzhandlungen bringt den Verlust der Possession nicht mit sich. Siehe die folgende Note.

5) Animo retinetur possessio. Fr. 3 §. 11 de adq. poss. (41, 2); Fr. 1 §. 25 de vi (43, 16). Savigny a. a. O. §. 31, 32.

6) Dieselben erscheinen nur als Störungen. Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 412—13.

Besitz erlangt [7]). Wenn nun der in poss. summariissimo Besiegte wider seinen Gegner in poss. ordinario klagt, so legt er dieser Klage, obwohl er auf die ältere Possession zurückgeht, und der Beklagte momentan als Besitzer erscheint, dennoch die Behauptung gegenwärtigen aus der älteren Zeit, der Zwischenereignisse ungeachtet, fortdauernden Besitzes zu Grunde. — Das possessorium ordinarium richtet sich daher auch in Fällen dieser Art nach den civilrechtlichen Erfordernissen des remedium retinendae possessionis und geht keineswegs, ungeachtet der Klagbitte auf Herausgabe der in der Gewalt des Beklagten befindlichen Sache [8]), in ein remedium recuperandae poss. über. Vgl. übrigens unten Note 13.

II.

Eine blos auf Schuz im ordentlichen Besitze gerichtete Klage findet bei Grunddienstbarkeiten nicht statt; um ohne Cumulirung mit dem petitorium [9]) auf Schuz im Besitze

7) Kammergerichtsordnung v. 1555. Th II Tit. 21 §. 3; Savigny a. a. O. §. 51; Seuffert Pandektenr. Bd. II §. 413.

8) Gerichtsordn. III §. 4 Nr. 6. Vgl. noch Seuffert's Archiv VII S. 55 f.

9) Wegen des Wortes „allein" in Nr. 2 §. 4 der Gerichtsordn., und in Erwägung des Grundes dieser Ausnahme (Verhütung der Zersplitterung des Rechtsstreites; Anmerk. zu §. 5 lit. b) wurde das poss. ordin., kumulirt mit dem petitorium, in Bezug auf eine Grunddienstbarkeit zugelassen — von dem Appellationsgericht für den vormaligen Rezatkreis Erk. vom 17. Dez. 1819 Nr. 116 $^{19}/_{20}$. Diese Ansicht bestätigt sich durch Vergleichung des alten Landrechts Tit. 26 Art. 6 zu dessen Erläut. Baron Schmid Bd. II S. 296 äußert: „Videtur tamen hoc ita intelligendum esse, ut possessoria judicia tunc tantum non admittantur, quando separatim

eines solchen Rechtes zu klagen, müssen die Voraussezungen des possessorium summariissimum vorliegen [10]). — Der Begriff der Grunddienstbarkeiten ist hier im Sinne des Bayer. Landrechts Th. II Kap. 7 u. 8 auch in denjenigen Provinzen aufzufassen, in welchen dieses Gesezbuch nicht gilt. Dasselbe wird hier nur als Auslegungsmittel benüzt. Im Sinne des Landrechts sind die deutschrechtlichen Reallasten, insbesondere Zehenten, Grundzinsen, Gilten, Frohnen — den Grunddienstbarkeiten nicht beizuzählen, indem bei denselben das Recht zwar Pertinenz eines Gutes sein kann, nicht aber in nothwendigem Bezuge zu einem herrschenden Grundstücke steht [11]). — Auch das Weiderecht gehört an sich nicht zu den Grunddienstbarkeiten, indem dasselbe häufig einer juristischen Person oder (vormals) gutsherrlichen Familie ohne Verbindung mit einem herr=

propronuntur, non quando propronuntur simultanee cum petitorio. Nam ita loquitur articulus. „Wenn man anfangs allein um das bloße Inhaben streitet."

10) Ger. Ordn. III §. 4 Nr. 2 vgl. mit den Anmerk. zu dieser Stelle und zu §. 5 lit. b. — Siehe auch bayr. Landrecht Th. II Kap. 7 §. 9 Nr. 5, 6 und die Anmerkungen hiezu. — Wenn hier von der Klage, auf den Grund der Possession, welche zur Verjährung hinreicht, die Rede ist, so wird offenbar die petitorische gemeint.

11) Bayr. Landr. II, 7 §. 9 Nr. 6. — Ueber possessorische Rechtsmittel bei Reallasten s. Bl. f. Rechtsanw. Bd. VI Nr. 3, 4. — Die Vorschrift der Gerichtsordn. über den Vorzug der älteren Possession bei dem poss. ordinarium bezieht sich nur auf solche Kollisionen, bei welchen jeder Theil den Besiz derselben Sache oder desselben Rechts in Anspruch nimmt, nicht aber auf possessorische Rechtsstreite über Reallasten, bei welchen der eine Theil im Fortbezuge der Leistungen geschüzt sein will, der andere die Fortentrichtung weigert.

schenden, die Weidebefugniß als Bestandtheil eines Wirthschafts=Ganzen umfassenden Gute zusteht [12]).

III.

Ob die vom Kläger vorgebrachten Thatsachen zur Begründung der Klage geeignet seien, ist überall nach dem jeden Orts geltenden Civilrechte zu beurtheilen [13]). Auch bei Besizklagen genügt zur Klagbegründung die causa proxima seu generalis, und brauchen die einzelnen Handlungen, aus welchen sich der behauptete Besiz ergeben soll, in der Klage nicht angegeben zu werden [13a]).

Nicht nur alle dilatorischen, sondern auch peremtorische Einreden, sofern solche das blose Inhaben (insbesondere etwaige Fehler des Besizes) betreffen, sind zulässig; und zwar ohne Unterschied, ob sie sogleich liquid gemacht werden, oder nicht [14]).

12) Bl. f. RA. XIII S. 158 (die Reg. Nr. des mitgetheilten OAGE. ist nicht 534, sondern 535 $^{12}/_{13}$).

13) Vgl. Bayr. Landr. Th. II Kap. V § 12; Preuß. Landr. Th. I Tit. VII §. 150 ff. vgl. mit §. 146 ff. und §. 48 ff. — Handelt es sich davon, Schuz im Besize eines Regale gegen den Fiskus zu erlangen, muß der Kläger wenigstens zehnjährigen Besiz anführen können. Kreittmayr Anmerk. zur Gerichtsordn. III §. 4 lit. c §. 5 lit. b.

13a) Bl. f. RA. Bd. VII S. 107, Bd. XIII S. 56.

14) Gerichtsordn. III §. 4 Nr. 4 und die Anmerk. hierzu. Bl. f. RA. Bd. X S. 317. — Petitorische Einreden, d. h. solche, durch welche Beklagter der Behauptung des Besizes die des Rechtes gegenüberstellt, sind nur unter Voraussezung sofortiger Liquidität zu beachten. Im Falle des Daseins dieser Voraussezung tritt der Saz in Wirksamkeit: dolo facit, qui petit, quod redditurus est. Fr. 8. pr. de doli mal. et metus exc. (44, 4). GO. a. a. O. Nr. 3 (s. unten S. 86) Vgl. indessen Seuffert's Archiv Bd. III S. 246 f.

Insbesondere dient zur Vertheidigung des Beklagten die schon erwähnte Einrede, daß Kläger den Besitz vom Beklagten [15]) auf fehlerhafte Weise erworben habe. Auf diesen fehlerhaften Anfang des gegnerischen Besitzes kann sich aber Beklagter nicht berufen, wenn vorliegt, daß er sich mittlerweile unzweideutige Besitzhandlungen des Klägers ohne Widerrede gefallen ließ, oder gar durch positive Leistungen, welche er demselben ohne Verwahrung machte, seiner Rechtsausübung willige Unterwerfung bethätigte [16]).

15) Fr. 1 §. 5, 9. fr. 2 uti possid. (43, 17). In Fällen, wo Jeder von beiden Theilen in gleicher Weise Besitzhandlungen für sich hat, und die Art der Erlangung des Besitzes den Ausschlag gibt, gereicht auch das zum Nachtheile, wenn man den Besitz auf fehlerhafte Weise von einem Dritten erlangt hat. Vgl. Kreittmayr in den Anm. zum Landr. Th. II Kap. V §. 12 Nr. 3; wo indessen der Rechtssatz, daß die fragliche Einrede nur unter Voraussezung sofortiger Liquidität zu berücksichtigen sei, mit Unrecht und im Widerspruche mit der Gerichtsordn. auch auf das poss. ordin. bezogen wird. Zu den petitorischen Vertheidigungsgründen gehört diese Einrede nicht.

16) Arg. fr. 3 §. 2 quod vi aut clam (43, 24). So wie das permittere desjenigen, gegen welchen vis oder clandestinitas geübt worden, eine Einrede gegen das Interdikt begründet, eben so in dem hier erörterten Falle eine Replik gegen die auf die Thatsache der vis oder clandestinitas oder des Mißbrauchs einer Vergünstigung gestüzte Einrede. Vgl. Albert über den Besitz unkörperl. Sachen Nr. I §. 83; Strube rechtl. Bed. Bd. I Nr. 21 (ed. von Spangenberg Bd. I S. 331 Nr. CCVIII). Z. B. es wird auf Schuz im Bezuge einer Grundabgabe geklagt; der Beklagte wendet ein, der Kläger habe sich durch Gewalt, nämlich durch Ueberschreitung des (vormaligen) gutsherrlichen Pfändungsrechtes, in den Besitz gesezt; nun wird replicirt, der Beklagte habe eine Reihe von Jahren nach der Pfändnng die Abgabe unweigerlich entrichtet.

In Fällen der oben (I) erwähnten besondern Beschaffenheit kann die Behauptung älteren Besitzstandes zur Begründung von Einreden und Repliken dienen [17]).

Wenn das bayer. Landrecht, dem römischen Rechte folgend, für das interdictum retinendae possessionis bestimmt, daß „diese Klage von Zeit der Turbation länger nicht als ein Jahr dauere", so ist diese Vorschrift nicht auf Fälle fortdauernder Störung und damit auch fortdauernder Veranlassung der Besitzklage zu beziehen [17a]).

IV.

In Ansehung des Verfahrens soll (Gerichtsordn. a. a. O. Nr. 18) zwischen dem petitorium und possessorium

17) Indem nämlich der Beklagte behauptet, die der Klage zu Grunde liegenden Besitzhandlungen seien nur als Störungen seiner (des Beklagten) aus der ältern Zeit fortdauernden Possession zu betrachten, — oder der Kläger der Berufung des Beklagten auf gleichmäßige Besitzhandlungen die Replik einer auf eine weitere Vergangenheit zurückgehenden Possession entgegensezt.

17a) Vgl. Bayr. LR. Th. II Kap. 5 §. 12 Nr. 7 mit fr. 1 pr. uti possid. (43, 17). Kreittmayr in den Anmerk. zur angef. LR. Stelle, welcher auf Lauterbach coll. th. pr. XLIII, 17 §. 13 Bezug nimmt: „Turbatione enim durante etiam post annum conceditur". S. auch Savigny System Bd. 5 S. 410 Note 1; Seuffert's Archiv Bd. VII Nr. 270. Von der Wirksamkeit dieser Annal-Verjährung in Bezug auf Schäden und Kosten Bl. f. RA. Bd. XIV S. 128. (Wenn in dem daselbst mitgetheilten OAGE. unter Bezugnahme auf die angef. Anmerk. Kreittmayr's bemerkt wird, daß sich die fragliche Annal-Verjährung überhaupt nicht auf die Hauptsache beziehe, so muß man das wohl im Sinne des allegirten Lauterbach auf solche Fälle beschränken, wo die Störung fortdauert). — Ueber Unstatthaftigkeit

ordinarium kein Unterschied bestehen; lezteres wird daher, wenn im einzelnen Falle keine besondern Gründe zu einer Ausnahme vorliegen [18]), bei den Untergerichten nach den Vorschriften der regelmäßigen Prozedur, wie solche durch die Novelle vom 22. Juli 1819 und das Gesez vom 17. Nov. 1837 bestimmt wurde, bei Obergerichten schriftlich instruirt. — Nicht im Einklang hiermit steht, was die Gerichtsordn. Nr. 3 verordnet:

„man solle auf die zu bloser Kolorirung und Beschönigung des Besizes beigebrachten petitorischen Gründe [18a]), zumal auf jene, welche nicht gleich in continenti dargethan werden können, sondern altioris indaginis sind, weder auf der einen noch der andern Seite attendiren, noch weniger den Prozeß dadurch aufhalten."

Wenn, wie der Eingang des §en vorzeichnet, in dem poss. ordin. zugleich die Art, wie die Possession erlangt worden ist, ordentlich d. h. im Wege des regelmäßigen, Beweisinterlokute zulassenden Verfahrens untersucht werden soll, so ist gar nicht zu vermeiden, daß hierbei auch auf petitorische Gründe eingegangen werde. Die Nachweisung eines justus titulus possessionis gehört in die Kategorie der petitorischen Gründe; diese kann aber offenbar von der ordentlichen Untersuchung, welche die Natur des poss. ordinarium ausmacht, nicht ausgeschlossen wer-

der exc. retentionis (doli generalis) gegen die Besizklage vgl Seuffert's Archiv Bd. VI S. 408.

18) Vgl. Ges. von 17. Nov. 1837 §. 1 Nr. 7. 8.

18a) Von der Beibringung petitorischer Gründe „zu bloser Kolorirung und Beschönigung des Besizes", ist das in Note 14 erwähnte Vorbringen petitorischer Einreden, durch welche Beklagter der Behauptung des Besizes die des Rechtes gegenüberstellt, wohl zu unterscheiden. Vgl. Note 19a.

den, weil der titulus possessionis die Art, wie sie erlangt worden, darstellt, und die Partei, welche darthun soll, daß sie nicht clam, vi, precario besize, diesen Beweis am bündigsten durch Nachweisung einer justa causa possessionis liefert [19]). — Die Vorschrift der Nr. 3 kann daher in Bezug auf das den Schuz im ordentlichen Besize erstrebende Rechtsmittel nur von solchen petitorischen Gründen verstanden werden, die noch weiter gehen, als der Nachweis des rechtmäßigen Besizanfangs, z. B. die Einrede des Rechtserwerbs durch vollendete Verjährung, oder welche das Recht der sie vorbringenden Partei auf eine von dem Besize ganz absehende Thatsache, z. B. auf eine von Seite des Gegners erklärte Verzichtleistung oder Anerkennung, oder auf ein Gegenrecht des Beklagten (exc. retentionis, doli generalis) stüzen [19a]).

V.

Wie nach gemeinem Rechte, so kann auch nach bayerischem der Erfolg des remedium retinendae poss. nicht blos in dem Ausspruche, daß Kläger im Besize zu schüzen

19) Die Verhandlung soll zwar nicht geradezu auf Erörterung des titulus poss. gerichtet werden; aber die Untersuchung über Fehlerhaftigkeit oder Fehlerlosigkeit des Besizes bringt jene mit sich.

19a) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. VI S. 290. Bei solcher Beschaffenheit des „petitorischen Grundes" ist in der That die durch das Merkmal „zu bloßer Kolorirung und Beschönigung des Besizes" gezogene Gränze überschritten." — Wo das Eingehen auf den petitorischen Grund mit der ordentlichen Untersuchung über Fehlerhaftigkeit oder Fehlerlosigkeit des Besizes zusammenfällt, ist ein Beweislokut darüber zulässig; außerdem die Beachtung durch sofortige Liquidität bedingt. Note 14.

sei, oder in der Abweisung des Klägers, sondern auch darin bestehen, daß Kläger verurtheilt wird, den Besitz an den Beklagten abzutreten; nämlich in dem Falle wenn sich ergibt, daß Kläger den Besitz vom Beklagten vi, clam oder precario erlangt habe. — Befindet sich dagegen der Beklagte, etwa zufolge seines Obsiegens in summariissimo, im momentanen Besitze, so wird er, wenn er in ordinario unterliegt, ihn dem Kläger einzuräumen verurtheilt [20]). — Nebstdem kann der Sieger vom Besiegten cautionem de non amplius turbando verlangen [21]), oder eine Strafandrohung für weitere Störungen beantragen.

VI.

Ueber das Verhältniß des poss. ordinarium zum petitorium enthält die Gerichtsordnung folgende Bestimmungen:

1) Bevor der Endbescheid in possessorio erlassen ist, steht jedem Theile frei, von der Possessionsklage abzustehen und das petitorium zu ergreifen, nur muß er sich Alles gefallen lassen, was der Verlust des Prozesses, so in der

20) Gerichtsordn. a. a. O. Nr. 5.

21) Vgl. Savigny Lehre vom Besitze §. 38 mit bayer. Landr. Thl. II Kap. V §. 12. — Wenn in der Gerichtsordn. a. a. O. N. 6 verordnet ist, der Richter solle dem siegenden Theile den Besitz, wenn er denselben noch nicht hat, gegen Leistung einer annehmlichen Kaution in casum succumbentiae einräumen, — so scheint dies, im Hinblicke auf die Worte „noch nicht", nur auf die remedia adipiscendae possessionis bezogen werden zu können. S. indessen Bl. f. RA. Bd. X S. 234. — Diese Kautionsleistungen sind durch den §. 8 der Nov. von 1819 nicht aufgehoben. Vgl. Stürzer a. a. O. S. 312. S. auch unten Abth. VIII des vorliegenden §. 4 Note 45 c. Kap. VIII §. 5 III a. E. —

Hauptsache als im Punkte der Kosten zu seinem Nachtheile mit sich gebracht hätte, z. B. den Gegner als Besitzer anerkennen, resp. den Besitz an ihn abtreten. Ergibt sich hierüber kein Einverständniß, so kann der Gegner auf Erlassung des Urtheils im Possessionsstreite bestehen [22].

2) Wenn das petitorium nach geendigtem possessorium oder gleich anfänglich ergriffen wird, so soll hierbei auf die possessorischen Gründe, außer dem Falle, wo der Titel oder Grund der petitorischen Klage oder Einrede auf dem Herkommen oder der Verjährung beruht, gar nicht gesehen, vielweniger in einem solchen Falle, auf das possessorium gesprochen, oder zu diesem mit Veranlassung oder Suspendirung des angestellten petitorium übergangen werden [23].

3) Bevor der unterliegende Theil dem in possessorio ergangenen Urtheil in allen seinen Punkten vollständig Genüge gethan, steht dem Obsiegenden gegen die petitorische Klage seines Gegners eine dilatorische Einrede zu [24].

4) Wenn der Sieger des Besitzstreites in petitorio unterliegt, so soll er zur Vergütung der bis dahin (d. h. bis zum Erkenntnisse in petit.) verfallenden Früchte oder verursachten Streitkosten und Schäden nur unter der Vor-

22) Vgl Gerichtsordn. a. a. O. Nr. 7 mit Kap. III §. 9 Nr. 4.

23) Gerichtsordn. a. a. O. Nr. 8. 9. Vor der Kriegsbefestigung ist dieser Uebergang unbedenklich. — Auch gilt die hier erwähnte Beschränkung nicht für das summariissimum S. §. 5 Nr. 12. — Bezüglich des gemeinen Rechts vgl. Bayer summ. Proz. §. 75. S. auch Komment. Bd. III (Aufl. I) S. 47—8.

24) Gerichtsordn. a. a. O. Nr. 11. — Nur von einer einfach dilatorischen Einrede ist hier die Rede. Wurde dieselbe ohne Grund entgegengesezt, und die eventuelle Einlassung nicht beigefügt, so unterliegt der Beklagte den Folgen des Ungehorsams.

aussezung verurtheilt werden, daß sein böser Glaube im Laufe des petitorischen Rechtsstreites offenbar geworden ist [25]).

5) Der Kläger kann das Petitorium eventuell mit der possessorischen Klage verbinden, indem er darauf anträgt, ihn für den Besizer, oder allenfalls für den Eigenthümer der Sache zu erklären [26]). Eben so steht auch dem Beklagten zu, die gleichzeitige Verhandlung des petitorium durch Erhebung einer hierauf gerichteten (mit bloßem Gebrauche petitorischer Einreden nicht zu verwechselnden) Widerklage zu beantragen, indem die Einmischung des petit. überhaupt den „Parteien" gestattet ist. Der Beklagte resp. Widerbeklagte ist aber nicht verbunden, sich gleichzeitig auf das Petitorium einzulassen [27]), sofern nicht die Sache zu denen gehört, hinsichtlich welcher es unzuläßig ist, das possessorium allein zu ergreifen [28]). — Hat kein Theil erklärt, daß er in petitorische Erörterung blos zur Kolorirung der Besizfrage eingegangen sei, so er=

25) Gerichtsordn. a. a. O. Nr. 12.

26) Gerichtsordn. a. a. O. Nr. 13. — Diese Kumulirung paßt vorzüglich für solche Fälle, wo es zweifelhaft ist, wer von beiden Theilen gegenwärtig besize, und demzufolge der Kläger auf den Sieg in possessorio nicht mit Zuversicht rechnen kann. — Vergl. über die Lehre von der Kumulation Bayer's gründliche Erörterung a. a. O. §. 76 ff. S. auch Seuffert's Archiv Bd. III S. 445, Bd. V S. 442.

27) Gerichtsordn. a. a. O. Nr. 14: „im Falle nun dieses ohne ausdrückliche Protestation der einen oder andern Partei geschieht." — Es kann auch der Kläger, welcher das petitorium mit dem possessorium kumulirt hat, ersteres im Laufe des Verfahrens wider fallen lassen. Seuffert's Archiv Bd. VI S. 408.

28) Kreittmayr in den Anmerk. zum §. 3 lit. a in fine.

kennt der Richter über die eine oder andere Frage, je nachdem diese oder jene zum Urtheil reif ist [29]). Wird sofort das petitorium erledigt [29a]), so kann vom Possessorium nur noch in Bezug der Nebenpunkte, der Früchte und Kosten der Vergangenheit, die Rede sein [30]).

6) Wenn sich weder aus dem Klaglibelle noch aus den andern Akten genugsam zeigt, ob in possessorio oder petitorio verhandelt worden, so streitet die Vermuthung für Letzteres [31]). Dieselbe Vermuthung gilt, wenn sich gleicher Zweifel über die Auslegung des richterlichen Urtheils ergibt [32]). — Es versteht sich

7) von selbst, daß die in possessorio ergangene res judicata an Ergreifung des petitorium niemals hindert [33]).

8) Nach Endigung des possessorischen Streites kann die siegende Partei verlangen, daß dem Besiegten zur Klagstellung in petitorio ein peremtorischer Termin bei Vermei=

29) Gerichtsordn. a. a. O. Nr. 14. — Hat der Unterrichter nur in poss. erkannt, so kann auch der Oberrichter nicht in petitorio erkennen, sollte er gleich dasselbe für spruchreif halten. Er muß in dieser Beziehung die Sache ad Imam verweisen. Vgl. Stürzer a. a. O. S. 318.

29a) Ueber den Fall, wenn die Sache, so viel das petitorium betrifft, zunächst zur Auftragung eines nothwendigen Eides gelagert ist, — vgl. Seuffert's Archiv Bd. V S. 70.

30) Gerichtsordn. a. a. O. Nr. 15. Die Rechtsregel: „petitorium absorbet possessorium" findet Anwendung sowohl wenn im petitorium zu Gunsten, als wenn zum Nachtheil des Klägers entschieden wird. Seuffert's Archiv Bd. VI S. 118.

31) Gerichtsordn. a. a. O. Nr. 16, unbeschadet der Befugniß des Richters, die Klage bei völliger Dunkelheit der Intention von der Gerichtsschwelle angebrachtermaßen zurückzuweisen.

32) Gerichtsordn. a. a. O. Nr. 17.

33) Gerichtsordn. a. a. O. Nr. 19. Vgl. Bayer a. a. O. §. 73.

dung ewigen Stillschweigens vorgesteckt werde [34]). Jede Durchführung eines Prozesses in poss. ordin. gilt als Berühmung eines — dem von dem Sieger erstrittenen faktischen Zustande entgegengesezten — petitorischen Klagerechtes.

9) Nach ausgestrittenem petitorio soll es dabei, ein für allemal, ohne weiteren Prozeß, sein Bewenden haben [35]). Spätere Handlungen (Störungen, Spoliationen) sind als Verlezungen der res judicata zu behandeln.

VII.

Ueber das remedium recuperandae possessionis (interdictum de vi oder actio spolii [36])) enthält die Gerichtsordnung keine besondere Vorschrift. Wie nach gemeinem sezt dasselbe auch nach bayerischem Rechte voraus [37]): a) vorhergegangene Possession (nicht blos Detention) des

34) Gerichtsordn. a. a. O. Nr. 20. Es ist nicht gerade erforderlich, daß diese Provokation dem Ausgang des possessorischen Rechtsstreites unmittelbar nachfolge, vielmehr gilt hier bezüglich der Verjährung der Provokationsklage nichts Besonderes. — Das obengedachte Verlangen des siegenden Theils ist bei dem Forum des Besizstreites zu stellen Bl. f. RA. Bd. X S. 313. — Ueber Einreden, mit welchen in diesem Falle die Statthaftigkeit der Provokation bekämpft werden möchte, s. ebd. S. 314. Vgl. unten Komment. zu Kap. IV §. 5 Nr. 4

35) S. jedoch Bayer summ. Prozeß §. 75 a. E. und Note 4.

36) Das bayer. Recht verschmilzt die Bestimmungen des römischen und canonischen Rechts zu Merkmalen eines einzigen Rechtsmittels. Landr. Thl. I Kap. 5 §. 11. — S. Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 247 ff.

37) Bayr. Landr. a. a. O. — Nach dem Preuß. Landr. I, 7 §. 146, 147 ist heimlich-listige und bittweise Entziehung der gewaltsamen gleichgestellt.

Klägers, ohne daß es hierbei auf die das poss. summariissimum bedingende possessio annalis ankömmt; b) gewaltsame, d. h. gegen den Willen desselben mittels einer eigenmächtigen Thathandlung bewirkte Besitzentsezung (dejectio, Entwährung [38])) durch den Beklagten. — Klagsachen dieser Art, bei welchen es sich von offenbar kundigem Frevel, oder überhaupt von einer Vergewaltigung, d. h. von Thätlichkeiten gegen die Person handelt, sind (vorbehaltlich des etwa nach den Umständen angemessenen unbedingten oder bedingten Mandats [38a]) im mündlichen Verhör zu verhandeln [39]); außerdem findet das gewöhnliche Verfahren statt. — Mit der Einrede, daß Kläger den Besitz vom Beklagten auf fehlerhafte Weise erworben gehabt, oder daß er, Beklagter, nur faktisch ergriffen, was ihm dem Rechte nach zustehe, wird der Spoliant nicht zugelassen, wenn er nicht mit der Behauptung sogleich den Beweis verbindet [40]). — Auch mit dem remed. recuper.

38) Bl. f. RA. XIV. S. 78; Seuffert's Archiv Bd. I S. 232, Bd. III S. 69, 288. Daher wird insbesondere durch bloße Weigerung, eine zur Kategorie der Reallasten gehörige Leistung ferner zu entrichten, die actio spolii nicht begründet. Bl. f. Rechtsanw. a. a. O., u. Bd. XI S. 330. Indessen schwankt die Praxis. Vgl Arends Samml. Bd. I S. 121 f.; Seuffert's Archiv Bd. VII S. 57. Vgl. auch ebd. Bd. III S. 198, Bd. V S. 27. — Von der Spolienklage wegen Entziehung eines Diensteinkommens vgl. unten zu Kap. V §. 7.

38a) S. Komment. zu Kap. V §. 6, 7.

39) Prozeßnovelle vom 17. Nov. 1837 §. 1 Nr. 8 (s. oben S. 21) vgl. mit Kreittmayr Anmerk. zur Gerichtsordn. III §. 5 lit. c. — Fälle einer violenta dejectio ohne „Vergewaltigung" siehe bei Kreittmayr Anmerk. zum Cod. civ. Thl. II Kap. 5 §. 11 Nr. 3 am Ende.

40) Kreittmayr zum Landrecht Th. II Kap. V §. 11 Nr. 2, 6.

poss. kann das petitorium alternativ und eventuell verbunden werden [41]; so wie auch die andern Vorschriften der Gerichtsordnung über das Verhältniß des poss. ordin. zum petitorium gleichmäßig auf das hier in Frage befindliche Rechtsmittel passen [42].

So lange das Spolium nicht restituirt ist, steht dem Spoliirten gegen jede, die gewaltsam entrissene Sache betreffende oder damit zusammenhängende [43]) petitorische Klage des Spolianten die dilatorische exceptio spolii zu, vorausgesetzt, daß die Entwährung „kündig oder leicht zu beweisen ist" [44]). Soll die exceptio spolii den Aufschub des Verfahrens über die petitorische Klage bewirken, so muß mit dem Vorbringen die Beweisantretung verbunden werden, ohne daß jedoch in der Wahl der Beweismittel eine andere Beschränkung einträte, als die Ausschließung solcher,

41) Kreittmayr a. a. O. Nr. 6 vgl. mit Gerichtsordn. a. a. O. Nr. 13. In solchem Falle cessirt das mündliche Verhör für die Spoliensache. Die specielle Vorschrift der Gerichtsordn. a. a. O. ist durch die generelle Bestimmung der Novelle von 1837 nicht entkräftet.

42) S. oben VI Nr. 1–9.

43) Vgl. Stürzer Civilgerichtsverfahren S. 315. — Wenn Kreittmayr in den Anm. lit. k. bemerkt, Mevius extendire diese Vorschrift gar auf das in einer andern Sache begangene Spolium, so ist dies nur eine Allegation aus dem gemeinen Rechte. — Vgl. auch Seuffert's Archiv Bd. IV S. 198.

44) Gerichtsordn. a. a. O. Nr 10. Kreittmayr zu dieser Stelle äußert: „Eine leicht erweisliche Sache wird in Cap. I pr. de restit. spol. in 6to genannt, wenn die Probe inner 15 Tagen gemacht werden kann, welches aber in Praxi eben nicht so genau genommen wird, und meistentheils ab arbitrio judicis dependirt." Vgl. Seuffert's Archiv Bd. III S. 139; Schäffer im Archiv f. prakt. RW. I S. 26 f.

deren schleunige Benüzung nicht thunlich wäre, z. B. Zeugen, welche nicht in kurzer Frist zur Vernehmung gestellt werden können; Urkunden, deren Original sich in den Händen eines Dritten befindet, oder deren Aechtheit, nach erfolgter Diffession nur durch eine weitläufige Probe herzustellen wäre. Das Beweisverfahren ist in abgekürzten Fristen zu pflegen. — Ist der Beklagte seiner Sache nicht vollkommen gewiß, so verbinde er mit der exceptio spolii die eventuelle Einlassung, indem außerdem die Verwerfung der bezeichneten Einrede die Folgen des Ungehorsams in der Hauptsache nach sich zöge [45].

VIII.

Von remediis adipiscendae poss. ist in der Gerichtsordnung keine besondere Erwähnung gemacht [45a]. Bezüglich des Rechtsmittels aus der l. ultima C. de edicto divi Hadriani [45b]) äußert Kreittmayr in den Anmerk.

45) Prozeßnovelle vom 17. Nov. 1837. §. 24, 28.

45a) S. jedoch oben Note 21.

45b) Nicht von der Imploration bei der Verlassenschaftsbehörde, in welcher ein Prätendent ohne Richtung wider einen bestimmten Gegner um Einsezung in den Nachlaßbesiz bittet (Komment. Bd. I Aufl. II S. 159), ist hier die Rede, sondern von der Besizerlangungsklage wider einen im entgegengesezten Interesse betheiligten Gegner. Die Verfügungen der Verlassenschaftsbehörde sind ohne Präjudiz für den Besizeinsezungs-Proceß Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 267 Nr. 2. — Das Rechtsmittel (aus der l. ultima) wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß bereits in petitorio der Streit über die Gültigkeit des fraglichen Testaments begonnen hat; eben so wenig dadurch, daß der Beklagte nicht im Besiz der Erbschaftsstücke ist; es genügt, wenn derselbe die Erlangung des Besizes auf Seite des Klägers zu verhindern strebt. Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 266 Nr. 1 Seuffert's Archiv Bd. II S. 90 Nr. 2, 3. —

zum Landr. Thl. III Kap. 1 §. 10 Nr. 2, die Sache qualifizire sich ad processum summariissimum et executivum. Diese Bezugnahme auf den proc. executivus soll nicht völlige Subsumtion unter die Normen des lezteren, sondern nur Aehnlichkeit, d. h. das Zusammentreffen einiger Merkmale ausdrücken. Das Verfahren bei dem hier in Frage befindlichen Rechtsmittel hat mit dem Exekutivproceß die Klage aus „Siegel und Brief" und die Verweisung illiquider Einreden zur besondern Ausführung gemein [45c]. Aber so wie Verschiedenheit in Ansehung des Gegenstandes und des Zwecks obwaltet, eben so hinsichtlich mancher Einzelnheiten des Verfahrens; indem insbesondere auch bei Privattestamenten von einer Entkräftung durch eidliche Ableugnung nicht die Rede sein kann, und der Beklagte den schleunigen Beweis zulässiger Einreden nicht blos durch Urkunden, sondern auch, durch Eideszuschiebung [46]) führen kann. — Unter den Gegen-

45c) Was die Geseze über die Würdigung der Einwendungen des contradictor sagen, hat auf einen Konflikt gleichzeitiger Prätendenten des Nachlaßbesizes Bezug, daher die Einrede, gewisse zu dem Testirer innegehabten Vermögen gehörige Nachlaßgegenstände seien nicht Eigenthum desselben gewesen, in diesem Verfahren für unerheblich zu achten ist. Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 267 Nr. 3. — Nach einer Reihe übereinstimmender OAGE. hat der mit diesem Rechtsmittel Obsiegende (abgesehen von dem Falle einer bedingten Erbeinsezung) für den Fall künftigen Unterliegens eine Kaution nicht zu bestellen; auch wird durch dessen Unvermögenheit ein Antrag auf Sequestration nicht gerechtfertigt. Bl. f. RA. Bd. X S. 235, Bd. XV S. 176, Bd. XVIII S. 267 Nr. 4; Seuffert's Archiv Bd II S 92 Nr. 5.

46) Das Gesez sagt: „legitimus contradictor wird genannt, der gegen den produzirten lezten Willen nicht nur rechtserheb-

ständen des mündlichen Verhörs ist das bezeichnete remed. adip. poss. nicht aufgeführt; es tritt daher jezt, abgesehen von den bereits erwähnten Besonderheiten, das gewöhnliche Verfahren mit abgekürzten Fristen ein.

Wenn bei Intestaterbschaften, welche obrigkeitlicher Verwahrung und Behandlung unterliegen, mehrere Prätendenten einander gegenübertreten, so wird unter ihnen ein summarisches (d. h. abgekürztes Protokollar=) Verfahren gepflogen [46a]), dessen Aufgabe (nach Analogie der gemeinrechtlichen Normen über das interdictum Quorum bonorum) darin besteht, auszumitteln, welchem oder welchen der mehrern Prätendenten der Besiz der Erbschaft, unter Vorbehalt des Petitoriums einzuräumen sei. Die Verhandlung besteht in der Aufstellung der Ansprüche und Vorlage der Beweisstücke von Seite der einzelnen Prätendenten, welche nach Art der judicia duplicia sämmtlich gleichmäßig Kläger und Beklagte vorstellen, und in einer gegenseitigen Impugnation, welche regelmäßig, wie im Konkursverfahren, mit einer Duplikerklärung Aller gegen Alle schließt. — Für diese Impugnationsverhandlung wird eine Tagfahrt anberaumt [46b]).

liche, sondern auch in continenti liquidirliche, mithin solche exceptiones zu machen weiß, welche keines ordentlichen Beweis durch Gezeugen bedürfen, sondern gleich durch richtige Urkunden und summarische Probsmittel dargethan werden mögen." Landr. III, 1 §. 10 Nr. 5.

46a) Bei Einleitung dieses Verfahrens handelt das zuständige Gericht nicht mehr als Verlassenschaftsbehörde, sondern als Proceßgericht. Daß der Uebergang aus dem Stadium der Verlassenschaftsbehandlung in das der Prozeßverhandlung ausdrücklich hervorgehoben werde, ist nicht wesentlich. Bl. f. RA. Bd. XIX S. 104.

46b) Nach Beschaffenheit den Sache können für Replik und Duplik auch besondere Tagfahrten angesezt werden. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XIX S. 102.

Was noch in dieser Tagfahrt an Beweisstücken beigebracht wird, kann bei der Entscheidung zur Berücksichtigung kommen. Stellt ein Betheiligter den Antrag, zur nachträglichen Beibringung eines Behelfes, den er sich nicht früher verschaffen konnte, noch einen weiteren nahen Termin vorzustecken, so steht es in richterlichem Ermessen, diesem Antrag zu willfahren. — Die Entscheidung wird zu Gunsten desjenigen gefällt, welcher sich als nächsten Erben wenigstens im Grade hoher Wahrscheinlichkeit legitimirt hat, so daß eine solche summarische Bescheinigung den Sieg selbst gegen die vollständige Erprobung eines entferntern Erbanspruchs davon trägt [47]).

§. 5.

Von dem possessorio momentaneo et summariissimo.

In Fällen, wo jeder von beiden Theilen Besitzer zu sein behauptet, waltet gegründete Besorgniß ob, daß, bevor die Verhandlung und Erledigung des possessorium ordinarium oder des petitorium möglich ist, aus dem beiderseitigen Bestreben, sich den Besitz durch Fortsezung von Besitzhandlungen faktisch zu erhalten, die Uebung thätlicher Selbsthülfe und hieraus Störungen der öffentlichen Ruhe erfolgen werden. Um dem drohenden Friedensbruche vorzubeugen, thut es noth, schleunige Maßregeln zu ergreifen. Diese können entweder in einstweiliger Sequestration des Besizes (s. unten S. 108), oder darin bestehen, daß für den Augenblick (poss. moment.) dem einen der streitenden Theile ein provisorischer Schuz in dem bestrittenen Besize — unbeschadet des Urtheils über den (ordentlichen) Besizstand, und ohne ihn dadurch als possessor

47) Bl. f. Rechtsanw. Bd. V S. 257 ff. Bd. XIX S. 102—110.

anzuerkennen, — ertheilt wird. Die Nachsuchung und Ertheilung dieses provisorischen Schuzes bildet in der Form eines besonderen Rechtsinstitutes — das s. g. possessorium summariissimum oder momentaneum [1]). Der einstweilige Schuz wird von dem Richter demjenigen der beiden Gegner ertheilt, welcher beweisen kann:

Jahr und Tag vor entstandener Irrung im ruhigen Besiz der streitigen Sache (oder Gerechtsame) gewesen zu sein [2]).

Das possessorium summariissimum findet

1) in Bezug auf die Ausübung aller Rechte statt, bei welchen der Begriff des Besizes (oder Quasibesizes) zur Anwendung kommt [3]). Ausgenommen sind Regalien, sofern der Schuz gegen den Fiskus gesucht wird [4]). Gegen verbietende Geseze greift natürlich auch diese Art von Rechtshülfe nicht Plaz, und eben so wenig zum Schuze der Ausübung von Gerechtsamen, welche durch besondere

1) Vgl. Savigny Besiz §. 51; Bayer summar. Proz. §. 65, 66; Mittermaier deutsch. bürgerl. Proz. Beitr. IV ed. II S. 300 ff.; 331 ff.

2) Gerichtsordn. III § 5 pr. — Nach gem. Rechte wird im jüngsten Besize geschüzt, wer die neueste zweifellose Besizhandlung für sich hat. Vgl. über den Ursprung des Erfordernisses der poss. annalis. Bayer a. a. O. §. 66 Note 6.

3) Daher nicht bei Familien- noch bei reinen Forderungsrechten. Provisorien können auch bei Rechten dieser Art vorkommen. Vgl. unten Komment. zu Kap. V. §. 7. — Vom possessorium summariissimum zum Schuze einer Weggerechtigkeit s. Seuffert's Archiv Bd. VI S. 411.

4) Gerichtsordn. a. a. O. Nr. 1 vgl. mit den Anmerk. zu dieser Stelle und zum §. 4 lit. c.

obrigkeitliche Konzession bedingt sind, wenn diese nicht vorliegt [5]). Das poss. summar. soll

2) niemals anders stattfinden, als wenn der Besiz sowohl auf der einen als auf der anderen Seite streitig und zweifelhaft ist [6]). Nach dieser Vorschrift möchte man dafürhalten, es sei eine Voraussezung dieses Rechtsmittels, daß von beiden Gegnern Jeder den Besiz derselben Sache oder derselben Gerechtsame in Anspruch nehme, und es greife daher nicht Plaz, wo der eine Theil Schuz in der Ausübung einer Servitut verlangt, der andere die Freiheit seines Eigenthums von der fraglichen Servitut vertheidigt. Da aber der possessorische Schuz bei Grunddienstbarkeiten auf das summariissimum beschränkt ist, so kann jene Folgerung nicht gezogen werden. Zur Subsumtion dieses Falles unter die gesezliche Vorschrift muß man die Sache so auffassen, daß der Anspruch des einen Theils auf den Besiz der Servitut in Kollision erscheint mit dem Bestreben des anderen, den von der Servitut freien Besiz seines Grundstücks zu behaupten [7]). — Es muß

5) Kreittmayr in den Anmerk. lit. b führt als Beispiele zu diesem Saze die jura braxandi und cauponandi auf.

6) Gerichtsordn. a. a. O. Nr. 2. Ueber dieses Erforderniß, wenn es sich von einer deutschrechtlichen Reallast handelt, s. Bl. f. RA. Bd. XVII S. 239. — Personen, welche bei dem Rechtsverhältnisse nicht betheiligt sind, können als Verklagte nicht vorkommen. Bl. f. RA. Bd. XVI S. 206. — Von Unstatthaftigkeit des poss. summariissimum, gegenüber einem von den Forstpolizeibehörden, wegen Reduktion der Holzbezüge aus forstwirthschaftlichen Gründen, getroffenen Provisorium s. Bl. f. RA. Bd. XIV S. 269.

7) Einen eignen Besiz der Freiheit von einer Servitut oder andern Last giebt es nicht, daher auch kein Rechtsmittel auf Schuz im Besize solcher Freiheit. Jede faktische Anmaßung

3) große Gefahr auf dem Verzuge vorhanden, oder Gewaltthätigkeit zwischen beiden Theilen zu besorgen sein [8]). Handelt es sich davon, die gegnerische Anmaßung des Jagdrechts auf einen gewissen Distrikt zurückzuweisen, so kann dieser, wenn sich die Inhibition verzögert, die Zwischenzeit zu gänzlicher Verödung benüzen. Durch die Weigerung einer Fahrt kann die rechtzeitige Einbringung einer Ernte verhindert und diese dem Verderben ausgesezt, durch Verhinderung einer Wiesenwässerung der Jahresertrag gefährdet werden. — Wenn mehrere Personen sich das Jagd- oder Weiderecht auf demselben Distrikte streitig machen, wenn der eine Theil die Fahrt des Andern über sein Grundstück nicht dulden will, wenn Jener die Auszehntung versucht, dieser sich derselben widersezt, so kömmt es mitunter nach dem Zeugnisse der Erfahrung zwischen den Be-

einer Servitut auf die Sache eines Andern ist eine Störung im Besize der Sache selbst (Fr. 11 de vi; Savigny a. a. O. §. 37; Seuffert Pandektenr. §. 412 Note 9); und giebt daher Anlaß auf Schuz im Besize der Sache selbst zu klagen. Vgl. OAGE. v. 23. Mai 1845. Nr. 535$^{12}/_{13}$. Seuffert's Archiv Bd. V S. 215. Bl. f. RA. Bd. XIII S. 158 (die Reg. Nr. des mitgetheilten OAGE. ist nicht 534, sondern 535$^{12}/_{13}$).

8) Gerichtsordn. Nr. 3. Wegen dieses Erfordernisses kann das summariissimum bei Grundzinsen, Gilten, Handlohn, Frohnen u. dgl. nicht oder nur höchst selten vorkommen; indem die Weigerung einer solchen Leistung weder eine Gefahr auf dem Verzuge mit sich bringt, noch Gewaltthätigkeiten besorgen läßt. — Vgl. indessen Bl. f. RA. Bd. XVII S. 239, wo ein Fall oberstrichterlicher Zulassung des possess. summariissimum bei einer deutschrechtlichen Reallast mitgetheilt ist. (In dem nicht abgedruckten Theile der Entscheidungsgründe war ausgeführt, daß faktisch Gefahr auf dem Verzuge vorhanden sei).

theiligten zu Thätlichkeiten. Von dieser Art sind die Umstände, für welche das poss. summar. eingeführt ist. Es ist nicht gerade erforderlich, daß die Parteien schon handgemein geworden, oder daß sie doch mit Waffen in der Hand einander bereits feindlich gegenüberstehen; es genügt vielmehr, daß nach Lage der Sache, verglichen mit Erfahrungen aus gleichen Verhältnissen, Ursache zu der Besorgniß obwaltet, es werde die Kollision zu einem Ausbruch von Thätlichkeiten führen [9]). — Der Kläger hat das Dasein der Gefahr auf dem Verzuge oder des Drohens von Thätlichkeiten in der Klagschrift darzulegen und seine desfallsige Behauptung, sofern sich nicht eines oder das andere aus der Stellung der Betheiligten und der Sachlage von selbst als wahrscheinlich ergibt, mit sofortiger Bescheinigung [10]) zu vertreten. — Nebstdem ist

4) in der Imploration sofort der Beweis, daß Implorant „Jahr und Tag vor entstandener Irrung [11]) im ruhigen Besiz [12]) der streitigen Sache (oder Gerechtsame [13])) gewesen," zu liefern oder wenigstens anzutre-

9) S. Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV S. 11.

10) Bei diesem Erfordernisse genügt Bescheinigung, Wahrscheinlichmachung.

11) Der Zeitraum von Jahr und Tag ist nicht von Erhebung der Klage, sondern von der Kollision der Betheiligten zu rechnen, welche die Ruhe des Besizstandes störte und zu Erhebung der Klage Anlaß gab. — Nebst der poss. annalis ist auch die Turbation durch Beklagten zu beweisen. Note 15. — War die Ausübung des fraglichen Rechts eine Zeit hindurch von Naturereignissen unmöglich gemacht, so kann diese Zeit bei dem Zeitraum „von Jahr und Tag" nicht in Ansaz kommen. Vgl. OAGE. in Nr. 476 17/18.

12) Wenn Störungen, kollidirende Besizhandlungen, Protestationen des Gegners vorgekommen sind, so war der Besiz kein ruhiger.

13) Bei servitut. discontinuis, deren Ausübung durch öfters wie-

ten [13a]). Die Nothwendigkeit der Verbindung des Beweises mit der Imploration erhellt aus der Bestimmung dieses Verfahrens, dringender Gefahr auf dem Verzuge zu begegnen oder drohenden Thätlichkeiten vorzubeugen, aus den Vorschriften, daß der jährliche Besiz vom Imploranten zuvörderst [14]) dargethan werden müsse, und daß schleunigst und mit möglichster Abkürzung zu verfahren sei, endlich aus der Vergleichung der Gerichtsordnung mit dem alten summarischen Prozesse Art. 5 Tit. 8, auf welchen Kreittmayr [15]) in den Anmerk. überall Bezug nimmt, und wo ausdrücklich verordnet ist, daß mit dem

derholte Handlungen geschieht, reicht eine einzige Besizhandhandlung im lezten Jahre nicht hin, sondern es müssen im Laufe desselben mehrere, und zwar in erheblichen Zwischenräumen erfolgt sein. Bl. f. Rechtsanw. Bd. II S. 385. — Auf Gerechtsame, deren Ausübung ihrer Natur nach nur einmal im Jahre geschieht, z. B das Zehentrecht, paßt dies nicht. — Nach einem OAGE. (Nr. 1384 15/16) kann das poss. summ. auch bei Dienstbarkeiten, deren Ausübung in größeren Zwischenräumen z. B. von 3 zu 3 Jahren geschieht, Plaz greifen, indem hier die lezte Ausübungsperiode von „Jahr und Tag" surrogirt wird.

13a) Ueber die oberstrichterliche Anerkennung dieses Sazes vgl. Bl. f. RA. B. X S. 222.

14) Diese Vorschrift bringt es mit sich, daß jeder der Betheiligten auch vor Anbringung der Imploration auf gerichtliche Vernehmung der Zeugen antragen kann. v. Zurhein und Sartorius Rechtsfälle Bd. I S. 356.

15) Kreittmayr selbst bemerkt: „Die Klage besteht lediglich darin, daß man das Factum kurz erzählet, sowohl gedachte Possessionem annalem, als die darauf erfolgte Turbation mit Beilegung der Probatorial-Articl oder andrer dahin gehörigen Behelfen anführt, und um die richterliche Manutenenz bittet.

Anrufen des richterlichen Schuzes sogleich die Beweisführung zu geschehen habe.

Es handelt sich in Ansehung dieses Hauptpunktes nicht von bloßer Bescheinigung, sondern von Lieferung vollständigen Beweises, durch wenigstens zwei unverwerfliche Zeugen [15a]), oder sonstigen liquiden und richtigen Beweis, welcher auch durch Urkunden oder Eideszuschiebung [16]) erbracht werden kann. — Wenn Kreittmayr in den Anmerk. lit. e beifügt [17]): „ja sogar durch starke Praesumtion, welche aus der vorgehenden Possession entspringt, qui enim heri possedit, etiam hodie possidere praesumitur, donec probetur contrarium“ — so kann dies doch nur so verstanden werden, daß die Bezugnahme auf den frühern Besizstand zur Unterstüzung der für den „jährlichen Besiz“ beigebrachten Behelfe dienen könne, wenn etwa die aus dem neuesten Jahre bewiesenen Besizhandlungen den Charakter der Rechtsausübung nicht entschieden genug an sich tragen. Wollte man annehmen, daß die

15a) Für die mit der Klagschaft zu verbindende Beweisantretung sind beim Zeugenbeweise Weisungssäze nicht erforderlich. Bl. f. RA. Bd. XVI S. 208.

16) Von nothwendigen Eiden kann hier nicht die Rede sein. Ein Beweis, welcher noch der Ergänzung durch den Eid bedarf, ist kein liquider und richtiger. — Im Falle der Eideszuschiebung muß sich der Gegner sofort über Ableistung oder Zurückschiebung erklären; Gewissensvertretung ist nur insofern zulässig, als die Behelfe derselben sogleich bei der Hand sind, oder doch, wenn nicht die Lage der Sache jeden Aufschub verbietet, in kürzester Frist beigebracht werden können. Vgl. Berger elect. proc. poss. §. 31.

17) Kreittmayr führt auch noch den Beweis durch Geständniß an, natürlich voraussezend, daß das Geständniß auf die hier erforderliche Weise schleunigst bewiesen wird.

bloße Nachweisung des vor Jahr und Tag gehabten Besizstandes genügen könne, so würde damit die eigenthümliche Natur des Institutes ganz verwischt sein.

5) Das Verfahren ist (vorbehältlich der bereits erwähnten und noch anzuführenden Besonderheiten [18])) nach

18) Durch die Vorschrift der Prozeßnovelle vom 17. Nov. 1837 §. 1 Nr. 8, welche das poss. summariissimum dem mündlichen Verhöre zuweis't, ist die fernere Wirksamkeit dieser Besonderheiten nicht ausgeschlossen. Durch die Vorschriften der Novelle über das mündliche Verhör ist nur den Bestimmungen der Gerichtsordn. III §. 3 Nr. 1—4 derogirt, wie dies die der Ueberschrift des ersten Abschnitts beigefügte Allegation ausdrückt. — Alle in andern Bestandtheilen der Gerichtsordnung über einzelne Fälle des summarischen Prozesses enthaltenen Vorschriften sind von der Novelle unberührt geblieben, und müssen auch bei denjenigen Gegenständen beobachtet werden, welche die Novelle dem mündlichen Verhöre zuweist, so daß die Verordnungen der Novelle über das Verfahren im mündlichen Verhöre hier nur insoweit zur Anwendung kommen, als nicht jene besondern Bestimmungen der Gerichtsordnung eine Abweichung mit sich bringen. — Die Richtigkeit dieser Ansicht springt in die Augen, wenn man z. B. die das mündliche Verhör betreffenden Vorschriften mit Bestimmungen der GO. Kap. V §. 7 über das mandatum sine clausula und mit den Grundsäzen über Provisorien zusammenhält. Die Novelle von 1837 weis't (§. 1 Nr. 8), „Klagen auf Abstellung der Selbsthülfe und andere ohne Gefahr nicht leicht verschiebliche Sachen" dem mündlichen Verhöre zu. Für dieses ist bestimmt (§. 6): der Richter hat die Tagfahrt zur Verhandlung auf einen der nächstfolgenden Gerichtstage anzusezen. Von Einleitung des Verfahrens durch ein unbedingtes Mandat, etwa mit sofort wirksamer Inhibition eines Unternehmens, kommt im Abschnitt I der Novelle nichts vor. Soll nun in Sachen, in welchen die dringende Gefahr augenblickliche Einschreitung erheischt, eine solche wegen des

den Vorschriften über das mündliche Verhör zu pflegen [19]; wobei es, zur Abwendung etwaiger Bedrohung des öffentlichen Rechtsfriedens, dem Richter unbenommen ist, mit Außerachtlassung aller Formen und Fristen, dem Bedürfnisse des Augenblicks gemäß die geeigneten Maßregeln zu verfügen und auszuführen [20]. Ueberhaupt können provisorische Verfügungen, bei Einleitung und im Laufe des Verfahrens, auch in poss. summariissimo vorkommen [21]. — Bei Vorladung des Beklagten ist demselben die der klägerischen Beweisantretung entsprechende Ungehorsamsfolge und der Ausschluß aller seiner Einreden (Beweiseinreden einbegriffen) anzudrohen [21a], und zugleich (bei Vermei-

Schweigens der Novelle unzulässig sein? Offenbar wäre dies eine ungereimte Folgerung. Beschleunigung, nicht Verzögerung der Bethätigung des Richteramtes ist Aufgabe des mündlichen Verhörs nach den Bestimmungen der Novelle.

19) Ist das poss. summariissimum in erster Instanz bei einem Obergerichte zu verhandeln, so gilt das oben S. 14 Gesagte.

20) Gerichtsordn III §. 5 Nr. 5.

21) Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV S. 112. — S. oben S. 46.

21a) Aus dem durch die obwaltende Gefahr auf den Verzug motivirten Saze, daß die Beweisantretung mit Anbringung der Klage verbunden werden muß, folgt der andere, daß die Androhung des Präjudizes, welches der §. 18 der Novelle unter Nr. 2 bezeichnet, hier eben so wenig passe als die Vorschrift, nach welcher die erste Ladung, im gewöhnlichen Verfahren wie regelmäßig im mündlichen Verhör, nur in monitorischer Eigenschaft erlassen wird. Hat der Kläger Zeugen vorgeschlagen, so geschieht die Vorladung unter Androhung des Rechtsnachtheils, daß mit Vernehmung derselben alsbald vorgefahren und darauf, was Rechtens, erkannt werden würde. Dem Urkundenbeweise entspricht das Präjudiz der Anerkennung, beziehungsweise des Zugeständnisses der Klage, wenn die vorgelegten Urkunden die Begründung derselben erschöpfen (Bl.

dung des Ausschlusses) aufzugeben, in der Verhandlungstagfahrt seine etwaigen Gegenbeweismittel sogleich mitzubringen, oder, was Gegenzeugen betrifft, wenigstens den Vorschlag derselben seiner Antwort auf die Klage beizufügen [22]. Zeugen, welche die Parteien selbst zu Gericht mitbringen, können sogleich (unter Anwendung des §. 46 der Nov. von 1837) vernommen, Eide, welche zugeschoben und acceptirt oder referirt worden, sogleich abgenommen werden. — Der Richter ist zwar durch das Gebot der höchsten Beschleunigung nicht gehindert, den Parteien, wenn der Drang der Gefahr nicht im Wege steht, zur Beibringung dienlicher Behelfe kurze Fristen zu gestatten; aber Erlassung eines Beweisinterlokutes widerstreitet der Natur dieses Rechtsmittels [22a]), indem alles „was sowohl „excipiendo als interveniendo oder sonst dabei vorgebracht „wird, und etwa altioris indaginis und verzögernd ist [23]), „sogleich separirt und ad possessorium plenarium vel pe-„titorium verwiesen werden soll." Dies gilt insbesondere

s. RA. Bd. VI S. 401), der Eideszuschiebung das der Eidesverweigerung.

22) Gerichtsordn. a. a O. „Die Parteien mündlich ad protocollum gegeneinander vernehmen, und ihre vermeintlichen Behelfe produziren lassen." Nach einem OAGE. soll es dieser richterlichen Aufforderung, den Gegenbeweis schon in der Verhandlungstagfahrt beizubringen resp. anzutreten, gar nicht bedürfen, um eine erst später übergebene Gegenbeweisantretung zu präkludiren. Bl. f. RA. Bd. XI S. 398.

22a) Vgl. Bl. f. RA. Bd. X S. 222.

23) D. h. was nicht sogleich mit Beweis durch Zeugen, Urkunden, Eidesantrag — nach den für dieses Verfahren geltenden Grundsätzen — vertreten wird. Die Gestattung kurzer Fristen ist, wie bemerkt, bei minder dringender Gefahr nicht ausgeschlossen.

von der Einrede, daß der vom Imploranten behauptete jüngste Besitz ein fehlerhafter sei. — Einreden, welche den Rechtsbestand des Verfahrens, z. B. die Kompetenz des Richters, die persona standi in judicio der Parteien betreffen, sind natürlich auch hier ohne Rücksicht auf sofortige Liquidität zu beachten. Der Richter verfügt hierüber von Amtswegen die geeigneten Erhebungen resp. Auflagen an die Parteien, auf möglichste Beschleunigung Bedacht nehmend.

6) Der in poss. summariissimo obsiegenden Partei [24]) wird der Schuz im jüngsten Besitze zuerkannt, unter Bedrohung des Unterliegenden mit einer Geldstrafe für den Fall erneuerter Störungen.

Im Falle kein Theil in summariissimo den ruhigen Besitz von Jahr und Tag vor entstandner Irrung genügend dargethan, oder wenn die Proben auf beiden Seiten gleich sind [25]), so soll man die Parteien ad possessorium plenarium vel petitorium verweisen, und bei andauernder Gefahr oder zu besorgenden Thätlichkeiten einstweilen die Sequestration der streitigen Sache vorkehren [26]).

7) Ueber das Verhältniß des poss. summar. auf der

24) Auch der Implorat kann in solcher Art obsiegen, wenn sich gezeigt hat, daß er im lezten Jahre den ruhigen Besitz hatte. Auch das poss. summar. ist judicium duplex.

25) Vgl. Schmid comment. ad summar. proc. Tit. 8. Art. 3—5: „in hoc putamus, certum esse, si una pars plene, altera vero possessionem semiplene probaverit, quod illa, quae plene probavit, potior fit.“ Hierbei ist jedoch zu bemerken, daß der zur Erbringung der Erfordernisse des poss. summar. ungenügende Beweis des einen Theils doch in soweit wirksam sein kann, als daraus hervorgeht, daß der andre Theil nicht in ruhigem Besitzstande gewesen.

26) Gerichtsordn. a. a. O. Nr. 14.

einen, des poss. ordin. und des petit. auf der anderen Seite enthält die Gerichtsordnung folgende Säze: a) dem in poss. summar. unterliegenden Theile steht frei, ob er gleich unmittelbar in petitorio, oder aber in poss. plenario, wenn anders die Sache nicht davon ausgenommen ist[26a]), Klage stellen wolle[27]). Doch soll b) der siegende Theil hierauf zu antworten eher nicht schuldig sein, bis dem Spruche in summariissimo gegen Kaution[28]) ein voll=

26a) S. oben §. 4 Abth. II.

27) Gerichtsordn. a. a. O. Nr. 9.

28) Vgl. oben Komm. zu §. 4 Note 21. Diese Kaution ist der Sieger auf Verlangen des Besiegten nur in dem Falle zu leisten verbunden, wenn ihm der Leztere zufolge des Urtheils in summariissimo etwas (d. h. den unter den Parteien streitigen, während der Irrung vom Beklagten faktisch behaupteten Besiz) einräumen oder überlassen muß, was bei ungünstigem Ausgang des poss. plenarium oder petitorium zurückzugeben wäre. Diese Zurückgabe soll durch die Kaution gesichert werden; welcher Zweck sich etwa — abgesehen von zu besorgenden Deteriorationen — durch Eintragung einer Dispositionsbeschränkung erreichen läßt. Ist der Besiegte zum Vollzuge des Urtheils in der Hauptsache nur zur Unterlassung weiterer Störungen gehalten, so findet die erwähnte Kautionsleistung nicht statt. Dies erhellt aus der Fassung der erwähnten Vorschrift, zufolge welcher sie nur Anwendung findet, wo von Seite des Besiegten dem Spruche in summariissimo vollkommen Genüge geschehen soll, was (vgl. mit der Vorschrift im vorhergehenden §. 4 Nr. 6) nicht blos von Vergütung der Kosten und Schäden verstanden werden kann, sondern auf eine Leistung in der Hauptsache bezogen werden muß. — Uebrigens waltet auch hier die Analogie der Kaution wegen der Nachklage ob, und eben deswegen läßt sich nicht annehmen, daß diese Kautionen durch den §. 8 der Novelle von 1819 aufgehoben seien.

kommenes Genüge geschehen ist [29]. c) Wenn der Sieger des poss. summar. später in petitorio vel poss. ord. unterliegt, so restituirt er gleichwohl die bis dahin verfallenen Früchte und verursachten Kosten und Schäden nicht, es sei denn, daß er bei dem weiteren Prozesse in mala fide gewesen zu sein befunden worden wäre [30]. d) Nach bereits eingeleitetem poss. plen. oder petit. kann nichtsdestoweniger vor dem Beschlusse der Sache, wenn die Voraussezungen eintreten, wenn nämlich jezt Störungen des Besizstandes periculum in mora oder die Besorgniß von Thätlichkeiten herbeiführen, — das summariissimum als Inzidentsache noch eingeleitet und durchgeführt werden, in welchem Falle Lezteres vor allem Anderen erledigt und durch den Prozeß in der Hauptsache nicht gehindert werden soll [31]. e) Der in summariissimo gemachte Beweis mag den Parteien auch in poss. plen. oder petit., soweit er dahin relevirt, zum Behufe dienen; doch sollen in einem solchen Falle die Zeugen, wenn sie noch am Leben sind, auf Begehren der einen oder anderen Partei nochmals nach den Formen des regelmäßigen Verfahrens verhört, wie nicht weniger eine weitere Produktion sowohl von neuen Zeugen als anderen Beweismitteln zugelassen werden [32]. f) Entsteht Zweifel, ob in possessorio plenario oder momentaneo gesprochen worden, und will dies aus den Akten nicht hinlänglich erhellen, so soll man sich für das erstere entscheiden [33]. g) Nach geendigtem summariissimo hat

29) Gerichtsordn. a. a. O. Nr. 10.

30) Gerichtsordn. a. a. O. Nr. 11.

31) Gerichtsordn. a. a. O. Nr. 12. Vergl. Bayer summar. Proz. § 75.

32) Gerichtsordn. a. a. O. Nr. 13.

33) Gerichtsordn. a. a. O. Nr. 15.

der Obsiegende das Recht zu verlangen, daß dem verlierenden Theile ein peremtorischer Termin bei Vermeidung des Ausschlusses zur Ergreifung des poss. ordinarii oder petitorii anberaumt werde [34]).

§. 6.

Wer Prozeß führen kann.

Die Gerichtsordnung legt die Fähigkeit, in einem bürgerlichen Rechtsstreite als Partei in der Rolle des Klägers oder des Beklagten vor Gericht aufzutreten (legitima persona standi in judicio), jedem bei, der seiner selbstmächtig und auch sonst keiner rechtmäßigen Ausstellung oder Bedenklichkeit hierin unterworfen ist. Hiernach geht diese Befugniß ab:

1) Allen denjenigen, welche nicht das Recht haben, frei über das Ihrige zu disponiren. Ueber die Dispositionsbefugniß entscheiden die Geseze des Wohnortes der treffenden Partei [1]).

Nach den, zunächst das bayerische Landrecht (von 1616) berücksichtigenden, Anmerkungen [2]) sind, wegen mangelnder Dispositionsbefugniß von der Fähigkeit, bei Gericht aufzutreten, ausgeschlossen:

a) Alle minderjährige und kuratelmäßige Personen ohne Konsens ihrer Vormünder und Kuratoren. Haben dieselben keinen ordentlichen Vormund, oder kann dieser wegen eigener Betheiligung bei dem vorwürfigen Rechtsstreite das Interesse seines Pflegbefohlenen nicht vertreten,

34) Gerichtsordn. a. a. O. Nr. 16. S. oben Komm. zu §. 4, VI a. E.

1) Kommentar Bd. I S. 261.

2) Zu Kap. III §. 6 lit. a.

so wird lezterem ein besonderer Kurator für den Rechtsstreit bestellt.

b) Die Hauskinder, auch wenn sie volljährig sind [2a]). Diese Beschränkung gilt jedoch nicht, wenn der Rechtsstreit ein Sondergut betrifft, über welches dem Hauskinde völlig freie Verfügung zusteht. Auch ist der Vater bei Klagen aus angeblich von dem Hauskinde kontrahirten Verbindlichkeiten [3]) nicht verbunden, die Vertretung desselben zu übernehmen oder ihm Beistand zu leisten; vielmehr gilt seine desfallsige Weigerung oder Unterlassung als Ermächtigung des Kindes zur selbstständigen Verhandlung, so daß, wenn der Vater zu einer gerichtlichen Handlung beigeladen war, und weder im Termine erscheint, noch sonst sich rechtzeitig erklärt, auch ohne seine Mitwirkung verfahren werden kann.

Der an der Verhandlung Antheil nehmende Vater kann auch die Wirksamkeit nachtheiliger gerichtlicher Erklärungen des Hauskindes, zumal über dessen eigene Handlungen, in Bezug auf dessen eigene Rechte und Verbindlichkeiten keineswegs hindern, sondern es muß ihm nur in solchen Fällen vorbehalten sein, dieselben durch Nachweisung ihrer Unrichtigkeit wieder zu entkräften [3a]).

2a) Zeigt sich daher, daß die eine der Parteien ein Hauskind ist, so ist die Beiladung des Vaters zu verfügen. Vgl. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 108; Bd. XII S. 299; Bd. XIII S. 47. Ueber Vertretungsrecht des Vaters hinsichtlich der Adventitien vgl. Seuffert's Archiv Bd. III S. 295.

3) Vgl. fr. 39 de oblig. et act. (44, 7) mit fr. 57 de judiciis (5, 1.) Ueber Injurienklagen gegen Hauskinder vgl. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 108; Arends' Samml Bd. II S. 53. Ueber Klagen aus außerehelichem Beischlaf vgl. Bl. f. RA. Bd. XIII S. 47; Seuffert's Archiv Bd. III S. 296.

3a) Bl. f. Rechtsanw. Bd. III S. 200. In keinem der ver-

c) Geistliche Ordenspersonen ohne Bewilligung ihrer Oberen.

d) Ehefrauen, soferne der Rechtsstreit nicht die Receptizgüter betrifft, indem sie die Einwilligung des Mannes nachzuweisen haben. Ist ohne dieselbe von Seite der Ehefrau ein Prozeß geführt und verloren worden, so steht dem Manne 5 Jahre lang von dem Tage der erhaltenen Kenntniß ein Widerrufsrecht zu.

2) Es darf sonst keine rechtmäßige Bedenklichkeit oder Ausstellung an der Fähigkeit, vor Gericht zu stehen, Plaz greifen. Hier ist zu erwähnen, daß der zur Kettenstrafe Verurtheilte als verfügungsunfähig vor Gericht ohne Kurator nicht auftreten kann, weder als Kläger noch als Beklagter. Gleiches gilt von dem zum Zuchthaus Verurtheilten während seiner Strafzeit [4]).

3) Besondere Vorschriften greifen Plaz, wenn eine Partei eine juristische Person und daher einer besonderen Vertretung bedürftig ist [4a]). In Betreff

schiedenen Fälle, der Vater mag an der Verhandlung über Rechte oder Verbindlichkeiten des Kindes Theil genommen haben oder nicht; wird durch das hierüber ergangene Erkenntniß eigenen Rechten des Vaters präjudizirt, oder eine Haftung aus dem väterlichen Vermögen begründet.

4) Strafgesezbuch Thl. I Art. 7 und 10 vgl. mit Art. 1, 2, 4 des Ges. v. 18. Nov. 1849.

4a) Nach der Schlußstelle des §. 6 Kap. III der GO. soll der in dergleichen Fällen erforderliche Konsens „in Sachen, welche keinen Verzug leiden, oder sonst ad summariissimum qualifizirt sind, nicht erfordert werden." Die Worte „oder sonst ad summariissimum qualifizirt sind" verweisen auf die Bestimmungen der GO. Kap. III § 3 Nr. 1–4, nach heutigem Rechte auf die Gegenstände des mündlichen Verhörs, und außerdem auf „Incidentien und Nebensachen, welche die Hauptsache selbst nicht berühren." Man hat wohl guten Grund,

a) der Gemeinden ist, soferne es sich von einem Rechtsstreite in einer Gemeindesache in dem Sinne handelt, daß ein Rechtsverhältniß der juristischen Person in Frage steht, oder doch die Haftung der Gemeindekasse für die Prozeßkosten gesichert werden soll [5]), die Erholung des Streitkonsenses der vorgesezten Kuratelbehörde erforderlich, und zwar ohne Unterschied, ob die Gemeinde als Klägerin oder als Beklagte auftritt [6]).

Gleiches auch für die Hypothekenzinsklage nach §. 52. des HG. gelten zu lassen.

5) Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV S. 1, 7. In Fällen, wo die Gemeinde nur als Vertreterin eines rechtlichen Gesammtinteresse der Einzelnen auftritt (z. B. in Weide-, Ehehafts- u. dgl. Streiten) bedarf es des Kuratelkonsenses, abgesehen von der angeführten speziellen Beziehung nicht. Vgl. über diese Kategorie uneigentlicher Gemeindesachen Bl. f. RA. Bd. VII S. 254, Bd. IX S. 224, Bd. X S. 320, Bd. XI S. 331, Bd. XV S. 13, Bd. XVI S. 92. — S. auch Seuffert's Archiv Bd. I S. 1, 12, 15. 151, 324, 326, 330, 334; Bd. II S. 329; Bd. VI S. 172, 434. In dergleichen Fällen kann es doch immer nur als ein Recht, nicht als eine Verpflichtung der Korporation angesehen werden, das streitige Rechtsverhältniß vor Gericht zu vertreten. Bl. f. RA. Bd. XVII S. 10. — Von Klagen gegen die Judenschaft eines Orts vgl. Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 362.

6) Bl. f. Rechtsanw. Bd. III S. 44. Verweigert die vorgesezte Kuratelbehörde den Konsens zu einer Rechtsvertheidigung der Gemeinde, so muß sie natürlich dafür sorgen, daß der Kläger ohne Prozeß zu dem gelange, was er von der Gemeinde fordert (Ebd. S. 47); soferne nicht durch die Verweigerung des Streikonsenses nur ausgesprochen werden will und soll, daß es sich nicht von einer Gemeindesache in dem oben angegebenen engeren Sinne, nicht von einem Gegenstande der vom Staate beaufsichtigten Gemeindeverwaltung handelt, wo ein solcher Konsens nicht erforderlich ist. Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV S. 7. Sorgt die den Konsens ver-

In Landgemeinden beschließt über den Beginn und Fortgang eines Rechtsstreites die Gemeindeverwaltung als das regelmäßige Organ der Gemeinde zur Vertretung ihrer Angelegenheiten; eines Gemeindebeschlusses bedarf es über die Erhebung eines Rechtsstreites nicht; wohl aber ist ein solcher zu einem Vergleiche, welcher die Erwerbung, Vertheilung oder Veräußerung von Gemeinderealitäten und nuzbaren Rechten bezielt, erforderlich, eben so schon vor dem Beginne des Prozesses, wenn die Nothwendigkeit, die Prozeßkosten durch Gemeindeumlagen zu decken, in Aussicht steht [7]). Die Gemeindeverwaltung hat in allen Fällen den Streitkonsens von dem vorgesezten Landgerichte zu erholen; wird von diesem das Gesuch zurückgewiesen, so kann solcher bei der Regierung nachgesucht werden [8]).

weigernde Behörde nicht für Zufriedenstellung des Klägers, so liegt in jener Weigerung kein Hinderniß des Streitfortgangs mehr. Bl. f. RA. Bd. VI S. 108, Bd. VIII S. 382. — Wollen im Falle der Konsensverweigerung einzelne oder sämmtliche Gemeindeglieder, als Kläger oder Beklagte, den fraglichen Prozeß zum Besten der Gemeinde auf ihre Kosten führen, so ist ihnen dies unbenommen. Ebd. Bd. VI S. 110.

7) Das Gemeinde-Edikt zählt in §. 104 die Fälle auf, in welchen die Gemeinde zur Abgabe ihrer Erklärung durch den Gemeindevorsteher zu versammeln ist; darunter ist der Fall der Erhebung eines Rechtsstreites nicht aufgeführt.

8) Der §. 24 des Regulativs zur Geschäftsführung der Verwaltungen in den Ruralgemeinden vom 24. Sept. 1818 (Regierungsbl. S. 1111) räumt den gedachten Gerichten die Ertheilung des Streitkonsenses deutlich ohne alle Beschränkung auf eine Summe ein, und auch der §. 103 des Gem.-Edikts spricht nur von der Genehmigung des kompetenten Land- (oder gutsherrlichen) Gerichtes. In diesem Sinne hat sich auch ein Rescr. des k. Staatsministeriums des Innern vom 4. August 1823 (Döllinger Samml. der Verordn.

In den Gemeinden mit magistratischer Verfassung müssen bei dem Beginne eines Rechtsstreites die Gemeindebevollmächtigten von dem Magistrat zu Rath gezogen werden [9]). Der Konsens wird bei den Städten I. Klasse und in denjenigen Städten II. Klasse, in welchen neben dem Magistrate noch ein eigener k. Kommissär aufgestellt ist, von der Regierung erholt [10]); bei den übrigen Städten II. und bei allen Städten und Märkten III. Klasse von den die Kuratel führenden einschlägigen Landgerichten, welche jedoch in allen wichtigen oder die Summe von 500 fl. übersteigenden Fällen die Bestätigung der Regierung nachzusuchen haben [11]). Der Kuratelkonsens muß immer ausdrücklich ertheilt werden, und er ist insbesondere dann nicht schon als gegeben zu erachten, wenn das Gericht, vor welchem der Rechtsstreit geführt wird, zugleich Kuratelbehörde ist [12]).

Des Zusammenhanges wegen mögen hier auch die Normen, welche über die Bestimmung der gerichtlichen Vertreter juristischer Personen bestehen, einen Platz finden.

In den Städten sind streitige Rechtssachen der Gemeinde einem rechtskundigen Mitgliede des Magistrates zur

im Gebiete der innern Verwaltung Bd. 11 S. 901) erklärt. Ein späteres Reskript vom 29. Jan. 1833 (Döllinger a. a. O. S. 1217) macht es den gedachten Gerichten zur Pflicht, in allen wichtigen oder die Summe von 500 fl. übersteigenden Fällen die Bestätigung der einschlägigen Regierung nachzusuchen. Nach dieser neuern Vorschrift hat sich die administrative Kuratelbehörde zwar zu richten, aber für die Gerichte ist sie um so weniger bindend, als sie mit §. 24 des angef. Regul. im Widerspruch steht.

9) Gem. Ed. v. J. 1818 §. 82 Eing.

10) Ebd. §. 123 Nr. 9 §. 122 Abs. 2.

11) Ebd. §. 127, 128.

12) Bl. f. Rechtsanw. Bd. III S. 328.

Vertretung zu übergeben; bei dem Mangel eines hiefür qualifizirten [13]) Magistratsgliedes können öffentliche Rechtsanwälte zur Vertretung der Gemeinde bestellt und solche insbesondere auch für kommissionelle Verhandlungen bei entfernten Gerichten verwendet werden [14]).

Das zur Vertretung der Gemeinde in streitigen Rechtssachen verwendete Magistratsglied bedarf eben so wohl einer besonderen Vollmacht, wie der ausnahmsweise bestellte Anwalt [15]).

In den Landgemeinden wird das Gemeindevermögen durch öffentliche von den Regierungen eigens aufgestellte Anwälte vertreten [15a]); jedoch kann den Gemeinde-

13) Als qualificirt kann nur ein als rechtskundig gewähltes und bestätigtes Magistratsglied angesehen werden, nicht aber bürgerliche Magistratsglieder oder Stadtschreiber, wenn sie auch Rechtskenntnisse besitzen. Rescr. des Staatsministeriums des Innern v. 31. August 1825. Döllinger a. a. O. S. 1016. — Diese Beschränkung ist jedoch nur von administrativer Wirksamkeit; die Richter sind nicht verbunden, sie als Richtschnur zu befolgen.

14) Instr. über die Geschäftsführung der Magistrate in den Städten und Märkten v. 21. Sept. 1818 (Regierbl. S. 1051) §. 13.

15) Rescr. des Staatsministeriums der Justiz v. 10. Febr. 1825 (Döllinger a. a. O. S. 1015). Diese Vorschrift wird jedoch nicht allenthalben beobachtet, und für die entgegengesetzte Praxis sich darauf berufen, daß, so wenig Fiskale einer besonderen Vollmacht bedürfen (V. v. 23 April 1816, die allgemeine Amtsvollmacht des Militärfiskals betr., Regierungsbl. S. 267), eben so wenig eine solche für den als rechtskundiges Magistratsmitglied öffentlich ausgeschriebenen gemeindlichen Vertreter nothwendig sei.

15a) Der §. 24 des in Note 8 angef. Regulativs verordnet, daß bei jedem Gerichte I. Instanz ein Rechtsanwalt benannt werde, welcher alle bei demselben Gerichte vorkommenden streitigen Rechtssachen des Gemeinde- und Stiftungsvermögens, und zwar ohne Unterschied, es mögen die betheiligten

verwaltungen, wenn sie gegründete Ursachen vorbringen, aus welchen sie dem aufgestellten Anwalt die Führung des Rechtsstreites nicht anvertrauen wollen, oder wenn sonst Kollisionsfälle eintreten, die eigene Wahl eines öffentlichen Anwaltes überlassen werden [16]).

Will eine Gemeinde sich in einem Rechtsstreite eines anderen als des bei dem Gerichte aufgestellten Gemeinde-anwaltes bedienen, so hat sie die obwaltenden Bedenken derjenigen Behörde, welche den Streit-Konsens ertheilt, zum Zwecke der Unterlassung eigener Wahl eines anderen öffentlichen Anwalts vorzutragen und die erhaltene Bewilligung dem Gerichte, bei welchem der Rechtsstreit anhängig, vorzulegen [17]).

b) Bei Stiftungen der Gemeinden treten ganz die nemlichen Grundsäze ein [18]). Das Kirchenvermögen der Parochien steht zunächst unter den besonderen Kirchenverwaltungen [19]). Diese haben daher über

Gemeinden und Stiftungen in demselben oder in einem anderen Gerichtsbezirke gelegen sein, ordnungsmäßig besorgen soll. Mit dieser Vorschrift läßt es sich nicht vereinigen, wenn die Praxis annimmt, der von einem Gerichte aufgestellte Gemeinde- und Stiftungs-Anwalt sei berufen, alle zum Bezirke dieses Gerichts gehörigen Gemeinden und Stiftungen bei allen Gerichten zu vertreten.

16) Angef. Regulativ (v. 24. Sept. 1818) § 23, 25.

17) Min. Rescr. v. 3. März 1845 (Handbibliothek des bayer. Staatsbürgers Bd. II S. 210 ad 2.). Vgl. OAGE. v. 4. März 1854 (Nr. 423 $^{53}/_{54}$).

18) V. v. 16. März 1817, die Verwaltung des Stiftungs- und Kommunalvermögens betr. (Regierungsbl. S. 159) Art. IX. V. v. 8. März 1826, die Kompetenz in Rechtsstreitigkeiten zwischen Stiftungen betr. Regierungsbl. S. 323.

19) Rev. Gem. Ed. §. 59, 94. Bezüglich der Legitimation der Kirchenverwaltung in Prozessen, betr. das Vermögen der Kirche, vgl. Bl. f. RA. Bd. XIV S. 303.

die Erhebung des Rechtsstreites zu beschließen und nach den oben angegebenen Grundsäzen den Streitkonsens der vorgesezten Kuratelbehörden zu erholen, wobei es den Pfarrämtern unbenommen bleibt, darüber an das treffende bischöfliche Ordinariat oder protestantische Konsistorium Mittheilung zu machen, damit die kirchliche Stelle an die einschlägige Regierung die geeignete Erinnerung über die Ertheilung des Streitkonsenses gelangen lassen könne [20].

Bei centralisirten Stiftungen wird der Konsens von der betreffenden Regierung ertheilt. Bei Rechtsstreiten der Pfarrer und Beneficiaten über pfarrliche und Benefizialgerechtsame und Einkünfte [20a]) ist gleichfalls der Konsens der Regierung zu erholen; die gedachten Personen werden aber durch die von ihnen selbst bestellten Anwälte vertreten [21]). In dergleichen Rechtsstreitigkeiten hat das Prozeßgericht die geschlossenen Akten vor Fällung des Erkenntnisses an ein Gericht am Size der Regierung einzusenden, damit dieselben durch ein Mitglied der Kammer des Innern oder einen anderen geeigneten Bevollmächtigten eingesehen werden können, und so die von der Regierung Kammer des Innern, nach Maßgabe der unten zu erörternden Bestimmung der Ger. Ordn. Kap. XIV §. 4 abzugebende Erinnerung veranlaßt wird [22]).

20) Rev. Gem. Ed. §. 59 i. f. §. 94 Abs. 6.

20 a) Ueber Legitimation der Pfarrer und Schullehrer, in Betreff von Gerechtsamen der Pfarrei oder Schulstelle Prozesse zu führen s. Seuffert's Archiv Bd. I S. 123. Ueber Wirkung des Mangels erforderlicher Streitkonsense bei Prozessen einer Pfarreistiftung s. oben Note 6. Vgl. Bl. f. RA Bd. VIII S. 382 f.

21) V. v. 6. Dec. 1808, das Stiftungsfiskalat betr. (Regierungsbl. S. 2817) Art. XV.

22) V. v 30. Januar 1811 das Stiftungsfiskalat betr. Regie-

Ueber die Befugniß zur Erhebung eines Rechtsstreites und die Vertretung hiebei von Seite derjenigen Stiftungen zu Gunsten von Privaten, Familien, erlaubten Gesellschaften, bestätigten Kongregationen und Brüderschaften, deren Verwaltung nach Inhalt der Stiftungsurkunden und nach Maßgabe der Verordnung v. 6. März 1817 über die Verwaltung des Stiftungs- und Kommunalvermögens [23]) Art. VI und VII besonderen Administratoren übertragen ist, entscheiden zunächst die Stiftungsbriefe. Enthalten diese hierüber eine Bestimmung nicht, so führen die Administratoren entweder selbst oder durch die von ihnen frei gewählten Anwälte den Prozeß, wozu sie jedoch den Streitkonsens von der treffenden Regierung Kammer des Innern zu erholen haben [24]).

Bei Rechtsstreiten einer Universität ist die Erholung des Konsenses des vorgesezten Ministeriums nicht erforderlich; vielmehr ist dem Verwaltungsausschusse die Beschlußfassung hierüber überlassen, welcher die Vertretung vor Gericht entweder einem rechtskundigen Mitgliede des Verwaltungsausschusses oder einem öffentlichen Rechtsanwalt überträgt, soferne nicht ein eigener Universitätssyndikus bestellt ist [25]).

rungsbl. S 193 und die bei Döllinger a. a. O. S. 1591 — 1600 abgedruckten neueren Ministerialreskripte.

23) Regierungsbl. v. J. 1817 S. 157.

24) V. v. 17. Dec. 1825, die Formation der obersten Verwaltungsstellen betr. (Regierungsbl. S. 1049) §. 69.

25) V. v. 20. Dec. 1815, die Verwaltung des Vermögens der Universität und des Georgianischen Priesterhauses zu Landshut betr. (Regierungsbl. v. J. 1816 S. 133) Art. IX. V. v. 30. Sept. 1819 die Organisation der Administrativbehörden der Universität Würzburg betr. Regierungsbl. S. 942.

Geistliche Genossenschaften, welche mit Autorisation der Staatsregierung bestehen, sind bezüglich der Prozeßführung einer kuratelmäßigen Beaufsichtigung nicht unterworfen [25a]).

c) Der k. Fiskus wird in seinen Rechtsstreiten durch eigens aufgestellte k. Fiskale vertreten [25b]), so zwar, daß administrative Unterbehörden in Sachen, wo sich die Privaten durch Amtshandlungen derselben in ihren Rechten gekränkt glauben, und die sich zum Rechtswege eignen, weder als Kläger noch als Beklagter vor Gericht stehen können [26]).

Dem Finanzministerium unmittelbar untergeordnet sind zwei Kronanwälte. Wenn diese in wichtigen Angelegenheiten aus Auftrag der Minister die fiskalischen Prozesse selbst führen, erhalten sie besondere Vollmachten [27]).

Für die gewöhnliche Führung der fiskalischen Prozesse sind bei den Regierungen, Kammern der Finanzen, ein Fiskalrath und ein oder mehrere Fiskaladjunkte aufgestellt, wovon in jedem Regierungsbezirk einer an dem Size des Appellationsgerichts wohnen muß [28]).

Besondere Fiskale sind aufgestellt:

α) für die Angelegenheiten des Militärfiskus und der Militärfondskommission [29]);

Rescr. des Staatsministeriums der Justiz v. 20. April 1816 bei Döllinger a. a. O. S. 1627.

25a) Vgl. OAGAkt. Nr. 470 $^{45}/_{16}$.

25b) Vgl. Komment. Bd. I (Aufl. II) S. 123.

26) V. v. 17. Juni 1809 die Korrespondenzform zwischen den Administrativ- und Justizbehörden betr. Regierbl. S. 1033.

27) V. v. 27. Nov. 1825, die Auflösung des Generalfiskalats betr. (Regierungsbl. S. 921) §. 7.

28) V. v. 17. Dec. 1825, die Formation der obersten Verwaltungsstellen in den Kreisen betr. (Regbl. S. 1049) §. 4.

29) V. v. 31. Januar 1829, die Formation des k. Kriegsministeriums betr. (Regbl. S. 209) §. 25.

β) für die Angelegenheiten der k. Staatsschuldentilgungsanstalt [30]);

γ) für jene der k. Generalbergwerks- und Salinenadministration [31]);

δ) für die k. Eisenbahnbaukommission zur Führung aller durch den Eisenbahnbau veranlaßten Prozesse [31a]);

ε) bei der Generaldirektion der k. Verkehrsanstaltung für sämmtliche Rechtsangelegenheiten und Prozesse, welche auf die derselben durch die k. Vdng. vom 6. Febr. 1851 (RBl. S. 121) zugewiesenen Geschäfte (Leitung des Betriebes und der Verwaltung der Posten, der Staatseisenbahnen, der Donau-Dampfschifffahrt, der Telegraphen und des Donau-Main-Canals) und auf die Verwaltung der deßfallsigen Fonds Bezug haben, so wie zur Bearbeitung der Postreklamationssachen [31b]).

Für die königl. Generalzolladministration, für die kgl. Generallottoadministration, für das unmittelbare Hauptmünzamt sind eigene Fiskale nicht bestellt. In Aktivprozessen werden diese Stellen von dem Fiskalate der Regierung vertreten, in deren Bezirk der Prozeß geführt wird, in Passivprozessen von dem Fiskalat der k. Regierung von Oberbayern.

Die Fiskale überreichen die Prozeßschriften (was hier gelegenheitlich mit erwähnt wird) bei den Untergerichten in der für koordinirte Behörden vorgeschriebenen Korrespondenzform, bei den Obergerichten in Berichtsform. Erstere erlassen ihre Verfügungen gleichfalls in Korrespondenzform, leztere ihre Weisungen im Befehlsstyle.

30) Angef. V. v. 17. Dec. 1825 §. 120.

31) Regbl. v. J. 1831 S. 171.

31a) Vdng. v. 14. Sept. 1847 (Rgbl. S. 869).

31b) Vdng. v. 2. Juni 1851 (Rgbl S. 611).

Die Fiskale sind in selbstständiger Führung der Prozesse nachfolgenden Beschränkungen unterworfen:

a) Sie dürfen keinen Rechtsstreit beginnen oder sich in einen solchen einlassen, ohne zuvor die Ermächtigung der Stelle, welcher sie beigegeben sind, erhalten zu haben, welcher, wenn der Fiskus Kläger ist, der Prozeßplan, wenn er Beklagter ist, der Exceptionsplan zur Genehmigung vorgelegt werden muß. —

b) Sollte durch die Exception, wenn der Fiskus Kläger ist, oder durch die Replik, wenn er Beklagter ist, eine Abänderung oder Erweiterung des Prozeßplanes nothwendig werden, so haben die Fiskalbeamten hiezu ebenfalls die Genehmigung ihrer Stelle zu erholen.

c) Sie müssen ferner derselben alle Definitivurtheile vorlegen, und die Genehmigung der erforderlichen Appellationsschrift oder die Ermächtigung zur Desistenz von der Appellation erholen.

d) Vergleiche können dieselben nur unter dem Vorbehalte der Genehmigung der Stelle, welcher sie beigegeben sind, abschließen, insoferne sie hiezu nicht schon vorher eine besondere und genau bemessene Vollmacht nachgesucht und erhalten haben.

Die eben bezeichneten Genehmigungen und Ermächtigungen kann jede Regierung, Kammer der Finanzen, und jede Stelle, der ein besonderer Fiskal beigegeben ist, aus eigener Kompetenz ertheilen, jedoch nur bis zu einer Werthssumme des Streitobjektes von 4000 fl., oder wenn der Kapitalswerth eines ewigen Rechtes diese Summe nicht übersteigt. — Bei einem Streitobjekte von höherem Werthe müssen die Stellen in den oben lit. a—c angegebenen Fällen zum Finanzministerium berichten, eben so bei Vergleichen, wenn die Niederschlagung des Prozesses ein Opfer von 2000 fl. oder mehr erfordern würde; des-

gleichen, wenn durch gerichtlichen Spruch ein allgemeines Präjudiz erwachsen könnte, oder wenn, bei einem die Summe von 500 fl. betragenden Streitobjekte, der Fiskal die Erklärung abgibt, daß er den Beschluß seiner Stelle für unbegründet und dem Interesse der Krone und des Aerars nachtheilig erachte.

In Prozessen, welche die mit eigenen Fiskalen nicht versehenen Stellen betreffen, hat sich die Regierung, deren Fiskal den Prozeß führt, vor der Ertheilung der bezeichneten Genehmigungen und Ermächtigungen mit diesen Stellen in das geeignete Benehmen zu sezen [32]).

Die vorgenannten Beschränkungen betreffen übrigens nur das dienstliche Verhältniß der Fiskale zu den Stellen, welchen sie beigegeben sind, und dieser selbst zum Finanz-, beziehungsweise dem vorgesezten Ministerium.

Gegenüber den Gerichten und der Gegenpartei erscheinen die Fiskale durch ihre Anstellung und Kraft ihres Amtes mit einer gehörigen Vollmacht im Sinne der Gerichtsordnung Kap. VII §. 9 versehen [33]).

Aus diesen Beschränkungen darf daher weder ein Grund zu Prozeßverzögerungen, noch kann aus deren Nichteinhaltung der Grund zu einer Nichtigkeitsbeschwerde entnommen werden.

Die Prüfung des Daseins der Fähigkeit, vor Gericht aufzutreten, ist Sache des richterlichen Amtes, und es bedarf hiezu einer Anregung von Seite der Parteien nicht.

Findet der Richter in der Beziehung einen Mangel, so weist er, wenn derselbe gar nicht gehoben werden kann,

32) V. v. 27. Nov. 1825, die Aufhebung des General-Fiskalats betr. § 4, 6.

33) Angef. V. v. 23. April 1816, die allgemeine Amtsvollmacht des Militär-Fiskals betr.

die Sache ganz ab; wenn die Beseitigung an sich möglich ist, so weist er die Sache entweder angebrachtermaßen ab, oder, was mit Rücksicht auf die Abkürzung der Prozesse zweckmäßiger ist, er suspendirt entweder, bis die Beseitigung erfolgt, die Verhandlung, oder er läßt sie, unter der geeigneten Auflage wegen Beseitigung des Mangels fortsezen, je nachdem die Wahrscheinlichkeit für oder gegen die Wegräumung, und je nachdem die vorzunehmende Handlung von größerem oder geringerem Präjudize ist [34]). Insbesondere soll die Erlassung von Verfügungen, die zur Beseitigung von Gefahren erforderlich sind, wegen Mangels des Streitkonsenses nicht verschoben werden.

§. 7.

Was vor dem Prozeß zu beobachten.

Die Gerichtsordnung ertheilt jedem Kläger den Rath, sich vor Anfang des Prozesses wohl zu bedenken und den bestmöglichsten Fleiß anzuwenden, um das Seinige in Güte zu erlangen. Im Falle des Mißlingens wird der Kläger angewiesen, sich bei Rechtsverständigen mit wahrhafter und unverdunkelter Erzählung der Geschichte und aller Umstände Raths zu erholen, was auch der Beklagte seines Ortes gleichmäßig zu beobachten habe.

Im Sinne dieser Anweisung haben spätere Geseze und Verordnungen nähere Bestimmungen über den **Versuch einer gütlichen Beilegung der Rechtsstreitigkeiten vor dem Beginne eines Prozesses** [1]) aufgestellt.

34) Mevii dec. P. VII dec. 112.

1) Von dem Vergleichsversuche im mündlichen Verhöre und bei Ehestreitigkeiten ist bereits das Nöthige oben angeführt worden; von den Vergleichsversuchen beim Beginne des

1) Wenn zwischen einem und demselben Gemeindebezirk angehörigen Personen [2]) Streitigkeiten entstehen, so hat in den Landgemeinden der Gemeindeausschuß, in den Stadtgemeinden der Magistrat sich der gütlichen Vermittlung derselben zu unterziehen, vorbehaltlich des Rechtes der Betheiligten, Männer ihres Vertrauens zu benennen, welche, im lezteren Falle unter der Leitung eines von dem Magistrate zu bestimmenden Kommissärs, im ersten unter Leitung des Gemeindevorstehers oder eines anderen Mitgliedes des Gemeindeausschusses, gemeinschaftlich mit demselben die gütliche Vereinigung, jedoch ohne allen Zwang oder Drohung, zu erwirken sich bestreben [3]).

Ehe und bevor das ohne Anwendung eines Stempels auszufertigende Zeugniß des Gemeindeausschusses beziehungsweise des Stadtmagistrates, daß in der streitigen Angelegenheit die vorschriftsmäßige Vermittlung versucht worden, beigebracht ist, soll keine Klage zwischen Einwohnern derselben Gemeinde angenommen werden [4]). Die Außeracht-

Prozesses und während des Laufes desselben wird unten zu Kap. XVII §. 1 das Erforderliche erörtert werden.

2) Die Eigenschaft wirklicher Gemeinde-Bürger ist nicht erforderlich. V. v. 20. Okt. 1810 über das Vermittlungs-Amt der Gemeindevorsteher (Regbl. S. 1091) Art. I u. II zwischen „Einwohnern derselben Gemeinde."

3) Rev. Gem. Edikt §. 63, 120.

4) V. v. 31. Mai 1810 das Vermittlungs-Amt der Gemeinde-Vorsteher betr. (Regbl. S. 441) Art. III. Nach einem OAG. v. 4 Juni 1852 (Arends' Samml. Bd. IV S. 69) hat diese Bestimmung nur die Natur einer Instruktion für die Gerichte und es wollte durch dieselbe nicht dem Beklagten die Befugniß eingeräumt werden, vor Angehung des gemeindlichen Vermittlungsamtes die Antwort auf die Klage zu verweigern. „Der Beklagte kann daher wohl an den Richter den Antrag

lassung hat jedoch keine Nichtigkeit zu Folge und es kann daher ein bereits durch ein Erkenntniß zum Schlusse geführtes Verfahren aus diesem Grunde nicht angefochten, und eben so wenig auf den Grund dieser Einrede bei der vorbemerkten Lage der Sache der Beklagte von der Klage zur Zeit entbunden werden [5]). Beide Theile sind verbunden vor der gemeindlichen Behörde zu erscheinen. Der Versuch der Aussöhnung geschieht ohne Advokaten; auch ohne daß die Parteien eine Gebühr dafür zu entrichten schuldig sind [6]). Im ersten Ausbleibungsfalle muß der Nichterschienene dreißig Kreuzer Strafe in die Gemeindekasse entrichten, wenn nicht gültige Entschuldigungsursachen vorhanden sind. Bleibt bei der zweiten Bestellung der Beklagte wieder aus, so wird angenommen, daß er sich der gütlichen Aussöhnung beharrlich weigere, und der Kläger kann mit dem hierüber von der Gemeindebehörde auszustellenden Zeugnisse seine Klage vor dem gehörigen Gerichte anbringen. Erscheint der Kläger auf die zweite Ladung nicht, so wird seine Klage als zurückgenommen angesehen, und er kann sich nur ge-

stellen, daß er vor Allem, seiner Obliegenheit gemäß, den Kläger an das gemeindliche Vermittlungsamt verweisen möge; allein er kann nicht, wegen Nichtbeachtung dieser Vorschrift von Seite des Instruenten, der Klage eine dilatorische Einrede, die Einrede der noch nicht zuständigen oder verfrühten Klage entgegensezen, und auf deren Grund die Einlassung verweigern, und noch weniger kann Beklagter, wenn der Richter ohngeachtet des mangelnden Sühneversuches in der Hauptsache erkannt, hat blos wegen dieses Mangels Beschwerde zu II. u. III. Instanz erheben."

5) Bl. f. Rechtsanw. Bd. II S. 236. Ebd. Bd. V S. 254 und Bd. XVI S. 287. Vgl. Arends' Samml. a. a. O. und Bd. I S. 277.

6) Rev. Gem. Ed. §. 120.

gen eine Gebühr von dreißig Kreuzern zu der Gemeindekasse wieder bei der Gemeindebehörde um die Vermittlung in der nämlichen Sache melden [7]). Die bei den Gemeindebehörden zu Stande gekommenen Vergleiche haben blos die Wirkung einer außergerichtlich getroffenen Uebereinkunft [8]), soferne nicht die Parteien sie sofort ganz oder zum Theil, etwa z. B. durch Bezahlung selbst der geringsten Summe, als einer Art Daraufgabe, erfüllen.

In Rechtssachen, für welche durch spezielle Geseze ein privilegirtes, höchst summarisches Verfahren angeordnet ist, z. B. in Wechsel- und Merkantilschuldsachen, bei Anrufungen auf Erlassung eines unbedingten Zahlungsbefehles nach §. 52 des Hypothekengesezes, oder bei Imploration um provisorische Verfügungen bedarf es eines Zeugnisses über den vorausgegangenen Sühneversuch vor den Gemeindebamten nicht [9]).

2) In allen Personalklagsachen gegen Militärpersonen im aktiven Dienste [9a]), welche nicht den befreiten Gerichtsstand vor einem Appellationsgerichte haben, verwalten die Regiments-, Bataillons- und Corpscommandanten, so wie die Commandantschaften mit Zuziehung

7) Angef. V. v. 20. Okt. 1810 Art. II.

8) V. v. 31. Mai 1810 Art. II. Vgl. unten zu Kap. XVII §. 1.

9) Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 333. Stürzer Bemerkungen S. 334. Bekanntm. des k. Kreis- und Stadtgerichts München v. 30. Sept. 1834 Polizei-Anzeiger St. 81. S. 947. — Auch in Arrestsachen, in Fällen, wo die Erlassung eines unbedingten Mandates in Frage, hier und dort auch bei Einklagung eines Hypothek-Kapitals — nimmt die Praxis von Vorlage eines Vermittelungs-Amts-Zeugnisses Umgang.

9a) Vgl. über die Bedeutung dieses Ausdrucks Bl. f. RA. B. IX S. 227 f.

des Auditors das Vermittlungsamt [10]), und zwar ganz nach Analogie des Vermittlungsamtes der Gemeindebeamten [11]), nur daß das Militärvermittlungsamt die geladene Militärperson durch disciplinäre Einschreitungen zum Erscheinen zwingen kann [11a]).

3) Bei Klagsachen gegen Studierende übt das Vermittlungsamt der Universitätsrektor [12]) in gleicher Weise.

4) Wer sich durch den k. Fiskus an seinen Rechten gekränkt glaubt, ist verbunden, vor der gerichtlichen Verfolgung seines Rechtes wegen Abstellung der Beschwerde an eine, und zwar die zunächst einschlägige, obere Administrativbehörde sich zu wenden, und deren Entschließung zu erholen; wobei aber, wenn diese Entschließung binnen sechs Wochen nicht erfolgt, dieselbe als abschlägig angenommen, und die Einschreitung im Rechtswege nicht gehindert werden soll [13]).

Die Vorschrift verlangt

a) nur daß, wer selbst als Kläger gegen den k. Fiskus im Rechtsweg auftreten will, vor dessen Betretung

10) Ges. v 15. August 1828, die Militärgerichtsbarkeit in bürgerl. Rechtssachen btr. (Ges. Bl. S. 41) §. 3.

11) Es kann daher z. B. das Vermittlungsamt als solches Gageabzüge nicht verfügen.

11a) Die in den Bl. f. RA. Bd. IX S. 225 f. aufgestellte Ansicht, bei Klagen gegen Militärpersonen stehe es in des Klägers freier Wahl, ob er vor Anbringung der Klage das militärische Vermittlungs-Amt angehen wolle oder nicht, ist nicht zu billigen.

12) Satzungen für die Studierenden an den k. bayer. Universitäten vom 1. Oktober 1849 Tit. III §. 38 lit. g. Wiefern das Rektorat als Vermittlungsamt Zeugnisse der Studierenden mit Beschlag zu belegen ermächtigt sei, darüber s. alleg. Saz. Tit. VI §. 82 Abs. 2.

13) Ges. v. 22. Juli 1819 §. 9.

Abhülfe bei der vorgesezten Administrativbehörde nachsuche. Sie umfaßt daher nicht Provokationen, welche nur den Zweck haben, den k. Fiskus zu zwingen, die Rechte, welche derselbe gegen den Provokanten zu haben vermeint, gerichtlich zu verfolgen. Die Provokationsklage gegen den k. Fiskus ist also durch die vorgängige Betretung des Administrativweges nicht bedingt [14]). Desgleichen ist dieselbe bei der Widerklage nicht erforderlich, weil einestheils die Widerklage, als mit der Vorklage des k. Fiskus konnex, diesem nicht unerwartet angestellt wird, und anderntheils dem Widerkläger die Vortheile der durch die Widerklage zu bewirkenden gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung nicht entzogen werden dürfen [15]). Auch bei der Adcitation des königl. Fiskus und bei der Litisdenunciation an denselben ist die vorwürfige Bestimmung nicht anwendbar.

b) Die vor die Administrativbehörde zu bringende Beschwerde muß gegen jene Handlung oder Verfügung gerichtet sein, woraus bei Versagung der Abhülfe geklagt werden will. Ist insbesondere eine Entschädigungsforderung in Frage, und die Rechtsverlezung, aus welcher dieselbe entspringen soll, als solche von den Administrativbehörden überhaupt nicht anerkannt, und der Betheiligte mit seinem Antrag auf Abhülfe oder Zurücknahme schlechthin abgewiesen worden, so kann derselbe im Rechtswege die Entschädigung fordern, ohne zuvor die Entschädigungsforderung selbst im Administrativwege aufgestell, und deren Anerkennung verlangt zu haben. Wenn hingegen die fragliche Widerrechtlichkeit, als solche, auf geführte Beschwerde oder erhobenen Einspruch, von Seite der Administrativ-

14) Bl. f. Rechtsanw. Bd. II S. 152.

15) OAGErk. v. 25. Januar 1840 in Sachen Fiskus gegen Preitzner.

stellen anerkannt, wenn auch vielleicht Abhülfe für die Zukunft gewährt worden, und es sich nur davon handelt, für den bereits zugefügten Schaden oder für den unbefugter Weise bereits gezogenen Vortheil Ersaz zu leisten, so ist erforderlich, daß diese Ersazforderung vor der Betretung des Rechtsweges bei der Administrativstelle bereits angebracht und ungeachtet des Rekurses an die Oberbehörde eines günstigen Erfolges nicht theilhaftig wurde [16].

c) Eine Beschwerde muß an die Oberbehörde gebracht werden; indessen überhebt eine Anmeldung nach §. 30 des Finanzgesezes vom 28. Dec. 1831 der Beobachtung dessen, was bezüglich der vorgängigen Betretung und Durchführung des Administrativweges verordnet ist [17].

d) Die Beschwerde muß bei der zunächst vorgesezten administrativen Behörde angebracht werden. Es ist nicht nothwendig, daß vorerst der gesammte administrative Instanzenzug durchgemacht werde. Ist die beschwerende Verfügung von den Ministerien unmittelbar ausgegangen, so kann der Rechtsweg sogleich eingeschlagen werden [18]. Wenn die Unterbehörde bei der Erlassung der beschwerenden Verfügung unter ausdrücklicher Anführung eines Befehls der Oberbehörde gehandelt hat, so ist dadurch die Nothwendigkeit der Betretung des Administrativweges zu der höheren Verwaltungsstelle, auf deren Befehl sich berufen worden, nicht ausgeschlossen, da eine geeignete Remonstration noch immer die Zurücknahme der früheren Entschließung bewirken kann.

16) Bl. f. Rechtsanw. a. a. O. S. 125.

17) OAGPlenarbeschluß vom 4. März 1841 (RBl. S. 181 f.) Moritz Samml. S. 66 f. Abw. Bl. f. Rechtsanw. Bd. II S. 127 Bd. IV S. 320.

18) Gönner Komment. zum Ges. v. 22. Juli 1819 S. 125.

e) Die in Frage stehenden Bestimmungen gelten für alle administrative Gegenstände, soferne darüber der k. Fiskus gerichtlich in Anspruch genommen werden kann. Sie kommen also zwar vorzüglich in finanziellen Sachen, mögen diese nun Lehens= oder grundherrliche Rechte, Zehent=, Domänialgefälle u. s. w. betreffen, zur Anwendung; doch sind unter der gedachten Voraussezung andere Gegenstände, welche die Wahrung der Kirchen= und anderer Hoheitsrechte betreffen, und dem Ressort der Stellen für die innere Verwaltung anheimfallen, wie z. B. die Ausübung des Patronatsrechtes, der Gerichtsbarkeit, die Entschädigung für die Einziehung von Gewerbsprivilegien nicht ausgeschlossen [19]). Hiernach entscheidet sich auch die Frage, an welche obere Administrativbehörde sich mit der Beschwerde zu wenden ist. In Fällen der leztgedachten Art müßte die Regierung Kammer des Innern, beziehungsweise das Ministerium des Innern angegangen werden [20]).

f) Die vorgängige erfolglose Betretung des Administrativweges ist die Vorbedingung für die gerichtliche Verfolgung des Rechtes des Klägers. Unterläßt er es, die Erfüllung dieser Vorbedingung in der Klage anzuführen, so hat der Richter dieselbe zur Zeit abzuweisen [21]).

19) Gönner a. a. O. S. 127.

20) V. v. 17. Dec. 1825, die Formation, den Wirkungskreis ꝛc. der obersten Verwaltungsstellen in den Kreisen betr. (Regbl. S. 1049) §. 25, 35, 62. V. v. 9. Dec. 1825 die Formation der Ministerien btr. (Regbl. S. 977) §. 64, 68, 69. Wenn eine Baupflicht des Staates in Anspruch genommen, solche aber nicht anerkannt wird, so muß der Klage bei den Gerichten die Betretung des Administrativweges bei den Finanzstellen vorhergehen. Bl. f. Rechtsanw. Bd. V S. 362.

21) Vgl. den Plenarbeschl. des Oberappellationsgerichts v. 8. Nov. 1838 (Regbl. S. 645) Motive §. 3. Hat der k. Fiskus sich

Der Vertreter des k. Fiskus kann aus dem Mangel dieser Vorbedingung, für welche die Bescheinigung sofort beizubringen ist [22]), eine dilatorische Einrede hernehmen, welche aber von der Einlassung nicht befreit [23]).

Die Außerachtlassung des hier erörterten Erfordernisses, von welchem nur die Befugniß des Klägers, die Klage anzustellen, nicht die Kompetenz des Richters abhängt, hat keine Nichtigkeit zur Folge.

§. 8.

Von armen unvermöglichen Parteien [1]).

Die Justiz wird in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nicht unentgeldlich verwaltet, sondern es sind die Par-

eventuell auf die Klage eingelassen und die mangelnde Bescheinigung der Betretung des Administrativweges wird im Laufe des Prozesses vor der Erkenntnißfällung nachgetragen, so ist Erkenntniß in der Hauptsache zu erlassen. OAGE. v. 7. Febr. 1854 Nr. 690 $^{52}/_{53}$.

22) Die sofortige Beibringung der Bescheinigung kann um so mehr verlangt werden, als sie zur Abschneidung von Weiterungen dient, und als derselben leicht genügt werden kann, da nach dem Ges. v. 22. Juli 1819 §. 9 die oberen Administrativbehörden über dergleichen Vorstellungen um Abhülfe der Beschwerde den Betheiligten die Empfangsbescheinigungen unweigerlich und unentgeldlich auszufertigen haben. Sollte in der Klage sich darauf berufen sein, daß leztere zu Verlust gegangen, oder daß der Fiskal die vorgängige Betretung des Administrativweges nicht in Abrede stellen werde, so ist dessen Erklärung abzuwarten.

23) Ges. v. 17. Nov. 1837 §. 24, 25.

1) P. Gans: Ueber Armenrecht im Prozesse, in der Zeitschr. f. Civ.- und Criminalrechtspflege im Königr Hannover. Bd. I H. 1. S. 26. — Hagemann's prakt. Erörter. Bd. VIII S. 49. — Linde Beitrag zur Lehre über das Armenrecht

teien verpflichtet, Taxen und Sporteln an das Gericht zu entrichten. Eine Ausnahme tritt ein bei dem Armenrechte. Nach der Gerichtsordnung ist die Zulassung zum Armenrechte dadurch bedingt, daß die Obrigkeit zuvörderst über den Vermögenszustand der dasselbe ansprechenden Partei sich erkundige, und sie dem Befunde nach schwören lasse, daß sie in der Absicht, um zum Armenrechte gelassen zu werden, von ihrer Habe nichts veräußert oder vergeben habe, oder vergeben wolle, auch da sie wieder zu Kräften kommen werde, gebührenden Ersaz und Zahlung leisten werde. Nach den neueren Verordnungen [2]) und der Praxis haben die Parteien, welche das Armenrecht nachsuchen, die erforderlichen Zeugnisse über ihre Armuth von ihren Polizeibehörden zu erholen, welche ihnen solche auf mündliches Anbringen auf den Grund aktenmäßiger Daten oder der Notorietät tax- und stempelfrei ausstellen [2a]).

Diese polizeilichen Zeugnisse sind von den Parteien den Gerichtsbehörden ebenfalls ohne schriftliche Eingaben zu überreichen, und ihr Gesuch um Ertheilung des Armenrechts zu Protokoll zu nehmen, wornach sodann diese Behörde, ohne Zulassung einer Verhandlung, auf den Grund dieser Zeugnisse und nach der auf dem kürzesten Wege allenfalls noch zu pflegenden weiteren Erhebungen

im Prozesse in der Zeitschr. f. Civilr. und Proz. Bd. I S. 57. Derselbe im Arch. f. c. Pr. Bd. XVI. S 51 f. — Sartorius im Arch. f. civ. Prax. Bd. XVIII S. 237.

2) Rescr. der Staatsministerien der Justiz und des Innern vom 16. Juni 1827 RBl. S. 465.

2a) Eines polizeilichen Armuthszeugnisses bedarf es nicht, wenn dem Richter bereits aus den Akten die Anhaltspunkte gegeben sind, welche zur Beurtheilung des Gesuches um das Armenrecht hinreichen. Bl. f. RA. Bd. IX S. 272.

den Beschluß über die Zulassung zum Armenrechte gleichfalls tax= und stempelfrei ausfertigen. Eine Beschwerde wegen Zulassung ihres Gegners zum Armenrechte kann die andere Partei nicht führen[3]), wohl aber ist eine Extrajudicialbeschwerde über Verwerfung des Gesuches um Zulassung zum Armenrechte statthaft.

Anspruch auf das Armenrecht hat jene Partei, die sich darüber auszuweisen vermag, daß sie nicht genügende Einnahmen hat, um sich und ihre Familie zu erhalten und daneben noch für einen Rechtsstreit die gerichtlichen= und die Anwaltskosten zu bestreiten[3a]). Dabei ist es gleichgültig, ob die Partei von ihrem Kapitalvermögen oder von dessen Renten, oder von sonstigem Erwerbe ihren Unterhalt und jenen Aufwand zu bestreiten habe. Denn nur, wenn sie in beiden Beziehungen arm ist, hat sie auf die Zulassung zum Armenrecht Anspruch. Wenn ein Dritter, z. B. der Ehemann zwangspflichtmäßig verbunden wäre, eine streitende Partei vor Gericht zu vertreten, so reicht es nicht hin, daß diese selbst arm ist, sondern auch jener Dritte muß sich in derselben Lage befinden, wenn die Zulassung zum Armenrechte bewilligt werden soll[4]). Auch juristische Personen werden zum Armenrechte gelassen, wenn

3) Bl. f. Rechtsanw. Bd. III S. 203, Bd. VII S. 120.

3a) Vgl. Bl. f. RA Bd XI S. 197. Die Praxis nimmt keine Rücksicht auf standesgemäßes, sondern nur auf nothdürftiges Auskommen. Nur wo das leztere fehlt oder durch die Prozeßkosten wesentlich geschmälert würde, wird das Armenrecht bewilligt.

4) Weber Paraphrase des Martin'schen Civilprozeß=Lehrbuchs. S. 46. Alimentationspflichtige Verwandte anderer Art sind zur Bestreitung der Prozeßkosten nicht verbunden. Erk. des Appellationsgerichts des vormaligen Rezatkreises v. 14. Juni 1831. Appellationsgerichtsakt. Nr. 349 26/27.

sie außerdem nicht mehr vollkommen bestehen könnten, d. h. ihre wesentlichen Zwecke nicht mehr zu erfüllen im Stande wären [5]).

Ausländer haben, soferne nicht besondere Verträge bestehen, auf das Armenrecht keinen Anspruch [6]).

Das Armenrecht kann in jeder Lage des Prozesses und zu jeder Zeit, wo noch Verhandlungen stattfinden, nachgesucht werden [6a]); es wirkt aber nur für die Zukunft, so wie es auch nur auf den vorwürfigen Rechtsstreit beschränkt ist. Dieses schließt jedoch die Bezugnahme auf einen anderen bei demselben Gerichte anhängigen Prozeß, in welchem das Gesuch bereits vollständig instruirt ist, nicht aus.

5) Resolution v. 7. Juni 1765 in den Nov. z. Ger.-Ordnung. München 1811 S. 209. Die Armenpflegen sind in allen ihren Angelegenheiten stempel-, taxen- und sportelfrei. Ver. v. 17. Nov. 1816, das Armenwesen betr. (Regbl. S. 779) Art. 4. — Einer Konkursmasse steht kein Anspruch auf das Armenrecht zu. Seuffert's Archiv Bd. II S. 446.

6) Dergl. Verträge bestehen mit dem Großherzogthum Hessen (Regbl. v. J. 1820 S. 1051), mit dem Herzogthum Nassau (Regbl. v. J. 1823 S. 1369), mit Churhessen (RBl. v. J. 1827 S. 177 und mit Preußen (Regbl. v. J 1834 S. 811). Auch die Zulassung der würtembergischen Staatsangehörigen zum Armenrechte in Bayern ist — den genügenden Nachweis ihrer Vermögenslosigkeit vorausgesezt — nicht zu beanstanden. Just. Min. Entschl. v. 16. April 1852. Zeitschrift für Gesezgebung und Rechtspflege des K. Bayern Bd I S. 14. Ueberhaupt pflegt man auch ohne Rücksicht auf besonderen Vertrag Ausländer zum Armenrechte zuzulassen, wenn das reciprocum entweder schon beobachtet oder von dem bezüglichen auswärtigen Gerichte zugesichert wurde. Namentlich bei Paternitätsklagen kommt dieß häufig vor.

6a) Ueber Gesuche um Beigebung eines Offizialanwaltes, bei Obergerichten angebracht vgl. Bl. f. RA. Bd. XVI S. 203.

Die Zulassung zum Armenrecht umfaßt in sich:

1) die Befreiung von allen Gerichtsgebühren, Taxen und Sporteln für die arme Parthei[7];

2) die Befreiung von dem Stempel in ihren Eingaben und in den Erlassen an sie[8].

3) Ediktalcitationen müssen von allen inländischen Zeitungen unentgeltlich aufgenommen werden[9];

4) die Armensachen, wenn sie als solche gerichtlich beglaubigt sind, zahlen kein Postporto[10];

5) die Advokaten haben die Verbindlichkeit, die Rechtssachen armer Parteien unentgeltlich zu übernehmen[11]. Die Armenanwaltschaften sind zunächst denjenigen Advokaten zu übertragen, welche am Size des Gerichtes, bei dem die Streitsache anhängig gemacht werden soll, angestellt sind, nur im Nothfalle sind Anwälte von den zunächst gelegenen Gerichten, mittelst Requisition dieser aufzustellen[12]. Baare Auslagen können in einem solchen Falle dem auswärtigen Anwalte nicht zugemuthet werden; zu deren Ersparung ist nöthigen Falls das schriftliche Verfahren ein=

7) Angef. Resol. v. 7. 7. Juni 1765.

8) Stempel Mand. v. 18. Dez. 1812 Abschn. IV lit. h (Regbl. v. 1813 S. 70).

9) Rescr. v. 18. Febr 1817 Nov. z. Ger. Ord. Bd. III S. 162.

10) V. v. 17. Febr. 1809 Regbl. S. 321. V. v. 23. Juni 1829, die Postporto=Freiheit in Amtssachen betr. (Regbl. S. 521) §. 19.

11) Diszipl. Vorschr. für die Adv. des Königreichs v. 23. März 1813 (Regbl. S. 425) Nr. 2. vgl. auch Komm. Bd. I S. 349 flg. — Nach einem OAGE. gilt dies auch für Armensachen, welche dem Anwalt nicht obrigkeitlich zugetheilt, sondern freiwillig von ihm übernommen wurden. V. f. RA. Bd. XVII S. 378.

12) Bl. f. Rechtsanw. Bd. III S. 197.

zuleiten (vergl. unten Nr. 8). Der gerichtlich bestellte Offizialanwalt ist, abgesehen von den Kap. VII §. 9 Nr. 4 bezeichneten Handlungen, der Nothwendigkeit der Beibringung einer Vollmacht von Seite der von ihm vertretenen Partei überhoben [12 a]); womit indessen die Praxis vieler Gerichte nicht übereinstimmt [12 b]).

6) Das Armenrecht befreit von der Verbindlichkeit zur Kautionsleistung, wo solche gefordert werden kann, nicht; indem hier wenigstens die juratorische Kaution einzutreten hat [13]). Desgleichen erstreckt es sich

7) nicht auf die Kosten, welche der Gegentheil während des Prozesses und zum Zwecke seiner Rechtsvertheidigung gehabt hat, indem dieser durch die Zulassung der anderen Partei zum Armenrechte nicht verhindert wird, wenn Leztere in die Bezahlung der Kosten verurtheilt worden ist, deren exekutive Beitreibung, soweit solche möglich ist, zu verlangen [14]). Ebenso erstreckt sich das Armenrecht nicht

12a) Bl. f. RA. Bd VI S. 193—5.

12b) Nach einer dem Verf. zugekommenen Mittheilung pflegt man nicht den Anwalt zur Vollmachtsberichtigung, sondern die arme Partei zur Bevollmächtigung des Anwaltes aufzufordern, und sie zu diesem Zwecke unter Strafandrohung, oder unter dem Präjudize, die Vollmacht werde für ertheilt erachtet werden, zu Gericht vorzuladen. Ist die arme Partei, wie gewöhnlich, Kläger, so wird, so lange sie nicht bevollmächtiget hat, auf die Klage nicht weiter verfügt.

13) Bl. f. Rechtsanw. Bd. II S. 230.

14) Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 278. Bd. III S. 204. Stritten beide Theile im Armenrechte, so ist der Unterliegende zur Zahlung von Deserviten an den Armenanwalt des Siegers, so weit dieser solche nicht seinem Klienten gegenüber fordern kann, keineswegs verbunden.

8) auf baare Auslagen. Diese hat die arme, aber nicht absolut unvermögliche Partei, in so weit sie es immer vermag, selbst zu tragen. Ist sie außer Stand, dieselben aufzubringen, so müssen sie von der Armenkasse des Ortes vorgeschossen werden, welcher der Arme zur Last fällt [15].

9) Der armen Partei werden die Kosten nicht geschenkt, sondern nur geborgt, bis sie in bessere Vermögensumstände kömmt [16]; für den Fall, daß der Anwalt des Armen sich eines offenbaren Muthwillens schuldig gemacht haben sollte, soll dieser die Streitkosten aus seinem Vermögen bezahlen, und noch dazu gestraft werden [17].

10) Die vortheilhafte Befreiung kommt nur der armen Partei allein zu statten. Wird der nicht arme Gegner in die Kosten verurtheilt, so ist er verbunden, dem Anwalt des Armen das Deservit sogleich zu bezahlen [18]) und dem Aerar die geborgten Taxen zu vergüten.

11) Die Ger.-Ordn. will arme und unvermögliche Parteien, wenn sich ein Muthwille bei dem Rechtsstreite

15) Gönner Handbuch des Proz. Bd. I Abh. XXIV §. 3. Bayer Vorträge über den gem. Proz. edit. VIII S. 25 Es versteht sich von selbst, daß hiebei die möglichste Sparsamkeit einzuhalten ist, und daß darunter die baaren Auslagen des Gerichtes nicht gemeint sind. Leztere sind aus dem Fonds für Offizialsachen zu entnehmen.

16) Bl. f. RA. Bd. XVII S. 378 f. Seuffert's Archiv Bd. III S. 133. Bezüglich dieser eventuellen Nachzahlung lehrt Linde: das Deservit des Advokaten habe den Vorzug vor den Gerichts- und Stempelpapierkosten. Gießner Zeitschrift Bd I S. 77. Der Billigkeit ist dies allerdings gemäß.

17) Angef. Resol. v. 7. Juni 1765.

18) Neuverbesserte Adv. Ordn. v. J. 1769 §. 20. Novellen Bd. I S. 210. Darum werden auch die Deserviten an- und festgesezt.

vorfindet, am Leibe bestraft wissen, was jezt nicht mehr gehandhabt wird.

Die Militärpersonen sind in Personalklagsachen mit Ausnahme derjenigen, in welchen sie gegen eine Civilperson als Kläger und nicht als Widerkläger erscheinen, von Bezahlung der Gerichtstaxen frei.

Die Stempelfreiheit dagegen genießen nur diejenigen Unterofffziere, Soldaten und im Militär Angestellten, welche außer ihrem Solde kein Vermögen haben, und sich hierüber, wenn sie im aktiven Dienste stehen, durch ein Zeugniß des Vermittlungsamtes, wenn sie aber Beurlaubte sind, durch ein Zeugniß der ordentlichen Obrigkeit auszuweisen [19]).

§. 9.

Ueber den Anfang, Fort- und Ausgang des Streites.

Die Lehre vom Anfang des Streites ist, so weit sie die praevenlio fori betrifft, bereits erörtert [1]); insoweit sich solche auf die Wirkungen der insinuirten Ladung und der Einlassung auf den Streit bezieht, wird sie zu Kap. V §. 9 und Kap. VI §. 1 der Ger.-Ordnung abgehandelt werden.

Die Erörterungen über den Fortgang des Streites, soweit die Mittel, Verzögerungen von Seite der Parteien oder des Richters vorzubeugen, in Frage sind, werden bei Gelegenheit der Lehre von den einzelnen prozessualischen Handlungen, von den Fristen und von den Rechtsmitteln vorgetragen werden. Der Streit wird dadurch, daß eine

19) Ges. v. 15. Aug. 1828, die Militärgerichtsbarkeit in bürgerl. Rechtssachen betr. §. 6.

1) Kommentar Bd. I S. 254.

der Parteien mit Tod abgeht, nicht unterbrochen. Sofern nicht ein Rechtsnachfolger von freien Stücken sich zur Fortführung meldet, zeigt die Gegenpartei den Todesfall an, und benennt zugleich den Erben, gegen welchen, ohne daß es einer besonderen Ladung zur Reassumtion des Rechtsstreites bedarf, im Prozesse weiter fortgeschritten wird. Im Falle sich jedoch derselbe aus erheblichen Ursachen nicht einlassen oder wenn die Legitimation des als Erben Aufgetretenen vom Gegner nicht anerkannt werden will, wird hierüber eine Vorverhandlung gepflogen [1a]), und bis zu deren Entscheidung in der Hauptsache nicht weiter verfahren. Wenn Singularsuccessoren sich freiwillig zur Uebernahme des Rechtsstreites melden, so haben sie sich über die Nachfolge im Besize der Sache, auf die sich der Streit bezieht, auszuweisen [2]); melden sie sich nicht freiwillig, so sind sie auf Verlangen des Gegners unter Anberaumung einer kurzen Frist zur Erklärung aufzufordern, ob sie den Prozeß fortsezen wollen, unter dem Präjudiz, daß sonst angenommen werde, sie wollten den Prozeß und zwar, wenn ein Anwalt aufgestellt ist, durch denselben Anwalt fortsezen [3]), worauf sodann nach Lage der Akten und beziehungsweise den Anträgen des Gegentheils weiter verfahren wird. Insbesondere muß bei der Reassumtion des Prozesses der in die Prozeßkosten verurtheilte Reassument dieselben, obschon er nur Singularsuccessor ist, ganz tragen, behält jedoch den Regreß an seinen Autor, insofern

1a) Nach Art der Incidentverhandlungen (s. oben S. 24) in summarischer Weise. Die Erhebung einer neuen Klage gegen die als Erben des Beklagten in Anspruch genommenen Personen ist nicht erforderlich — Bl. f. RA. Bd. XII S. 237.

2) Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 214.

3) Stürzer Bemerk. S. 343.

er nicht die Gefahr des Rechtsstreites mit übernommen hat[4]).

Im Uebrigen ist keine Partei zwangspflichtig, sich den Austritt des ursprünglichen Gegners und das Aufdringen eines neuen gefallen zu lassen[4a]). Jedoch findet dies keine Anwendung auf den Fall, wenn der Principal an die Stelle des Stellvertreters tritt, z. B. der Verpächter an die Stelle des Pächters. Im Verhältniß zu der anderen Partei sind Stellvertreter und Principal als eine Person zu betrachten und das Verhältniß der Nachfolge ist hier gar nicht gegeben[5]). — Die Litisreassumtion bezweckt nur die Feststellung des prozessualischen Verhältnisses zwischen dem Nachfolger eines weggefallenen Streittheiles und dem Gegner desselben; — die Erörterung und Entscheidung der etwa streitig gewordenen Frage: ob denn wirklich der bisherige Litigant weggefallen und ein Dritter Nachfolger desselben geworden sei, und insbesondere die Verhandlung

4) Kind quaest. for. edit. 2. T. III. cap. 92.

4a) Vom Verbote der Veräußerung litigiöser Gegenstände, insbesondere über die Wirksamkeit des Verbots, dem Forderungsbeklagten durch Cession der eingeklagten Forderung einen anderen Gegner aufzudringen vgl. Seuffert's Archiv Bd. III S. 29, Bd. V. S. 15. Vom Uebergang eines mit dem Eigenthum einer Sache verbundenen (schon in der Geltendmachung begriffenen) Klagerechts auf den Erwerber der Sache s. ebd. S. 13. — Das Verbot der Cession litigiöser Forderungen ist dem bayer. (Civil-) Rechte fremd. Bl. f. RA. Bd. X S. 177, Bd. XVII S. 361. — Von Uebernahme fremder Schulden vgl. Seuffert's Archiv Bd. VII S. 23, 24 f.

5) Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 205. Jedoch darf auch durch eine solche Streitübernahme die Lage des Gegners, z. B. in Beziehung auf die Eideszuschiebung, auf keine Weise verschlimmert werden.

eines hierüber zwischen dem bisherigen Litiganten, welcher fortwährend zur Sache legitimirt zu sein behauptet, und dem Dritten, welcher dessen Nachfolger geworden sein will, (auf dem Wege der Hauptintervention) entstandenen Rechtsstreites — liegt außer der Sphäre der Litisreassumtion, welche es als eine ausgemachte und unbestrittene Sache voraussezt, daß diejenige Person, als deren Nachfolger ein Dritter den Prozeß reassumiren will, wirklich weggefallen sei [5a]).

Der Streit wird beendigt theils durch Bescheid, Vergleich, Kompromiß, theils durch gutwilligen Abstand und Verjährung. Von den ersten drei Beendigungsarten wird unten zu Kap. XIV und Kap. XVII §. 1 und 2 der Gerichtsordnung die Rede sein.

Der Abstand steht einem jeden Theile zu jeder Zeit und in jeder Lage des Prozesses frei [6]); derselbe verbindet aber den Entsagenden, sich den Folgen eines verlorenen Prozesses zu unterwerfen. Eine Ausnahme hievon tritt nur ein bei dem Singularsuccessor, welcher, wenn er den Prozeß nicht reassumirt, zur Tragung der früher entstandenen Kosten nicht verbunden ist [7]). Wenn bei einer Streit-

5a) Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 63; Seuffert's Archiv Bd. V S. 98 f. S. auch ebd. Bd. I S. 123. Von Unstatthaftigkeit der Litisreassumtion im Exekutionsverfahren s. ebd. Bd. VI S. 140 f.

6) Kind l. c. cap. 95, 96. Bl. f. Rechtsanw. Bd. II S. 8. Von unstatthafter theilweiser Verzichtleistung zur Vereitelung von Rechtsmitteln s. Bl. f. RA. Bd. XII Erg. Bl. S. 48, Bd. XV S. 363.

7) Schaumburg princ. prax. L. I S. II Cap. VII §. 6. Wegen der Erstattung der Kosten und des durch den bisherigen Prozeß zugegangenen Schadens ist sich an den Erben zu halten.

genossenschaft ein Litiskonsorte freiwillig ausscheidet, so ist er im Verhältniß zu dem Gegentheil als besiegt anzusehen, im Verhältniß zu seinen Streitgenossen muß er die bisher erlaufenen Kosten zu seinem Antheil tragen [8]).

Der Rechtsstreit, auf welchen einmal Verzicht geleistet worden ist, kann nicht wieder begonnen werden, insoferne nicht eine Restitution gegen den Verzicht vorausgegangen ist [9]). Der Abstand von dem Rechtsstreite ist nicht zu verwechseln mit dem Fallenlassen eines Prozesses, in der Absicht, eine neue bessere Klage zu erheben. Lezteres verbindet zwar auch zum Kostenersaz, enthält aber keinen Verzicht auf das Streitobjekt [10]). Im Zweifel ist der geringere Verzicht zu vermuthen, eine deutliche Erklärung aber Kautel [11]).

Eben so ist von dem Abstande von dem Rechtsstreite verschieden der Antrag des Klägers, die Sache bis auf weiteres beruhen zu lassen, und die Akten einstweilen zu reponiren. Einem solchen Antrage kann nur mit Zustimmung des Gegners willfahrt werden; widerspricht die-

8) Martin und Walch Magazin für den Prozeß Bd. I H. 2 S. 179 ff. Zu bemerken ist jedoch, daß, wenn die Klage gegen mehrere Personen gerichtet wurde, z. B. gegen die beiden Ehegatten, nach der Streitsbefestigung von dem Streite gegen den Mitbeklagten nur dann abgestanden werden kann, wenn sich alle Beklagte dabei beruhigen. Erk. des Appellationsger. des vormal. Rezatkr. v. 27. Jan. 1829. Appellationsgerichtsakt. Nr. 887 $^{27}/_{28}$.

9) Annot. ad h. l. lit. c. Als Verzicht gilt es nicht, wenn der Kläger den Streit einige Jahre nicht verfolgt.

10) Vgl. über das Nähere unten zu Kap. IV §. 13. Bl. f. Rechtsanw. Bd. III S. 123 und Beil. zu Nr. 9.

11) Stürzer Bemerk. S. 343.

ser, so ist mit Verwerfung jenes Antrages die Verhandlung der Sache fortzusezen [12]).

Durch die Verjährung hört (ohne Unterschied von Real- und Personalklagen) der rechtshängige [12 a]) Streit auf, wenn von der Zeit des lezten in der streitigen Sache vorgegangenen gerichtlichen Aktes vierzig Jahre verflossen sind, ohne daß sich die eine oder die andere Partei weiter bei Gericht in der Sache gemeldet hat, eine besondere Veranlassung zum Handeln mag vorhanden gewesen sein oder nicht [13]). Nach Ablauf der 40 Jahre kann nicht nur der bereits begonnene, aber saumselig betriebene, Prozeß nicht weiter fortgesezt werden, sondern es ist überhaupt die Klage durch Verjährung erloschen.

§. 10.

Von der Beobachtung der Prozeßordnung.

Die Gerichtsordnung muß nebst den dazu gehörigen Novellen, nach Maßgabe ihrer Einführung [1]) allenthalben beobachtet werden; die Gerichte dürfen weder nach ausländischen Prozeßgesezen [2]) noch nach selbsterfundenen Nor-

12) Bl. f. Rechtsanw. Bd. II S. 223.

12a) Der hier in Frage befindliche Saz der (40jährigen) Verjährung sezt voraus, daß nicht schon der Rechtsstreit durch rechtskräftige Entscheidung beendigt und die Sache zum Vollzuge reif ist. Ebd. Bd. XI S. 62.

13) Linde über Verjährung des Proz. und der Litispendenz in der Zeitschr. f. Civilrecht u. Proz. Bd. II S. 153, 177. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XI S. 61; Seuffert's Archiv Bd. II S. 171, Bd. III S. 2.

1) Vgl. Kommentar Bd. 1 S. 5 ff.

2) Nach ausländischen Civilgesezen zu erkennen kann der Richter häufig in den Fall kommen, wenn ein in Bayern

men verfahren, noch können die Parteien in dieser Beziehung durch Uebereinkunft etwas Abweichendes statuiren, es gibt keinen Konventionalprozeß [3]). Ob die Parteien In= oder Ausländer sind, macht keinen Unterschied. Auch in Rechtsstreiten mit dem k. Fiskus kommen die Vorschriften der Gerichtsordnung zur Anwendung. Kreittmayr sagt von dem bayerischen Fiskus: man müsse ihm das Lob beilegen, wovon Plinius in seinem berühmten Panegyrico ad Trajanum meldet: magna laus Fiscum saepe vinci. — Zur völligen Gleichstellung des Fiskus ist ein bedeutender Schritt geschehen durch §. 39 des Prozeßgesezes vom 17. Nov. 1837, worüber das Nähere unten im Kommentar zur Gerichtsordn. Kap. XVI §. 1. — — Der König kann keine anhängige Streitsache hemmen [4]).

eingeklagtes Rechtsverhältniß auswärts entstanden ist. Kommentar Bd. I S. 304.

3) Ebd. S. 259. Bl. f. Rechtsanw. Bd. V S. 145. Insbesondere kann auf außergerichtliche Verhandlungen ein richterliches Erkenntniß mit Wirksamkeit nicht erlassen werden.

4) Verf. Urk. Tit. VIII §. 4.

Viertes Kapitel.

Von gerichtlichen Klagen, Klaglibellen und anderen sowohl mündlichen als schriftlichen Anbringen.

Viertes Kapitel.

Von gerichtlichen Klagen, Klaglibellen und andern sowohl mündlichen als schriftlichen Anbringen.

§. 1.

Was und wie vielerlei die Klage sei.

Klage ist die Anrufung der richterlichen Hilfe zum Behufe der Realisirung eines dem Kläger zustehenden, von dem Beklagten verlezten oder nicht anerkannten Rechtes.

Mittels einer Klage kann man den richterlichen Schuz nur für einen Anspruch nachsuchen, der zur Geltendmachung reif ist [1]; indessen können auch in Beziehung auf solche Ansprüche, deren Reife für die Zukunft in Aussicht gestellt ist, zur Sicherung ihrer künftigen Realisirung die geeigneten Anträge gestellt werden [2].

1) Anm. z. d. Stelle lit. c.

2) Vgl. oben die Lehre von den Provisorien, unten zu Kap. VIII §. 5 über die Kautionen im Prozesse, sodann die Lehren des Civilrechts über Sicherstellung der Rechte überhaupt und die verschiedenen Kautionen insbesondere, wie über die cautio usufructuaria, c. de damno infecto, c. legatorum servandorum, c. Muciana. In manchen Fällen können Forderungsklagen angestellt werden, nicht auf Erfüllung, sondern auf Anerkennung der Obligation; insbesondere wenn außerdem

Die Lehre von den verschiedenen Arten von Klagen gehört dem Civilrechte an und wird in der Gerichtsordnung nicht abgehandelt.

§. 2.

Ob und wie die actiones auf die Erben gehen [1].

Rücksichtlich des Ueberganges der Klagen auf die Erben, welche Lehre gleichfalls dem Civilrechte angehört, ist es Grundsatz, daß in der Regel alle Klagen von den Erben angestellt werden können (translatio actionum activa), und gegen die Erben gehen (tr. act. passiva).

Ausgenommen sind:

I. rücksichtlich des Ueberganges auf die Erben:

1) alle Klagen, welche sich auf Rechte beziehen, die mit der Person des Berechtigten, dem Geseze, der Natur der Sache, oder besonderem Vertrage zufolge, erlöschen [2],

(ohne Erlangung der vorgängigen Anerkennung) das für einen gewissen Fall zukommende Recht von dem für diesen Fall Verpflichteten vereitelt werden könnte; oder wenn die Anerkennung gefordert wird, um Einrichtungen und Maaßregeln für den einen oder andern Fall mit Sicherheit treffen zu können. Vgl. Seuffert's Archiv Bd. II S. 31; Bd. III S. 336–341; Bd. IV S. 36; Bd. VI S. 451.

1) Franke, Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien 1. Abth. Göttingen 1828. S. 1.

2) Vgl. Savigny, System Bd. V S. 199: „Nicht vererblich sind die Klagen aus Familienverhältnissen, weil diese Rechtsverhältnisse selbst ganz individueller Natur sind." (Von den Vermögensverhältnissen des Familienrechtes, welche den Erbgang keineswegs ausschließen, ist hier nicht die Rede.) — Kreittmayr nimmt in der Anm. zu dem §. 4 lit. b. auch auf die Personalservituten, Bezug.

soferne es sich nicht etwa von Nachforderung erwachsener Rückstände handelt [3]). Bei alternativen Verbindlichkeiten, deren eine in Folge des Todes des Verpflichteten nicht mehr erfüllt werden kann, geht das Recht, die Erfüllung der andern, ihrer Natur nach nicht auf die Person des ursprünglich Berechtigten beschränkten Leistung zu fordern, auf die Erben über, insbesondere können die Erben der Geschwächten gegen den Stuprator auf Entrichtung der Ausstattung klagen, die ihrer Erblasserin statt der Ehelichung gebührt hätte [4]).

2) Die Klagen, womit eine Unbill geahndet wird (actiones quae vindictam continent), soferne nicht die Kriegsbefestigung bereits dem Erblasser gegenüber geschehen war [5]).

II. Rücksichtlich des Ueberganges gegen die Erben:

1) alle Klagen, bei welchen nur der Besitzer der streitigen Sache der rechte Beklagte ist, soferne die Erben nicht Besitzer sind oder nicht dafür angenommen werden [6]);

2) alle Klagen, welche auf Leistungen gerichtet sind, wobei persönlich individuelle Eigenschaften vorausgesezt werden [7]), oder wobei die Verbindlichkeit ausdrücklich auf die Person des Erblassers eingeschränkt ist [8]).

3) Schadensersaz aus einem Verbrechen oder Vergehen des Erblassers kann (abgesehen vom benef. inventarii) gegen die Erben unbedingt eingeklagt werden,

3) Wenn z. B. die Nuznießung dem dazu Berechtigten bei seinen Lebzeiten vorenthalten war.

4) Bl. f. Rechtsanw. Bd. III S. 205.

5) Vgl. Puchta, Pand. §. 88; Savigny S. 199 f.; Seuffert, prakt. PR. §. 306 vgl. mit §. 295.

6) Fr. 42, 52, 56 de rei vind. (6, 1). Fr. 12 i. f. ad exhibendum (10, 4).

7) Fr. 31 de solut. (46, 3); const. un. de caduc. toll. (6, 50).

8) Fr. 56 §. 4 de V. O. (45, 1).

so wie sie auch die demselben bei Lebzeiten zuerkannte Geldstrafe zu entrichten haben [9]).

Gleiches gilt von Entschädigungsforderungen aus andern unerlaubten Handlungen des Erblassers; wohingegen bei Ansprüchen auf eine Privat-Strafleistung die Verfolgung gegen die Erben die Kriegsbefestigung mit dem Erblasser voraussezt [10]).

§. 3.

Wie die actiones erlöschen [1]).

Die Lehre von der Erlöschung der Klagen durch Verjährung gehört nicht minder dem Civilrechte an und findet dort ihre nähere Erörterung.

Hier sind in dieser Beziehung nur folgende Punkte hervorzuheben:

1) alle Klagen erlöschen in der Regel von der Zeit an, wo sie hätten angestellt werden können, in 30 Jahren, soferne nicht eine längere [1a]) oder kürzere Zeit [1b]) besonders bestimmt ist.

9) StG. B. Th. I Art. 138 Anmerk. Bd. I S. 323.

10) GO. Kap. IV. § 2 Nr. 6 vgl. mit Bayer. LR. Th. IV Kap. 16 §. 4 Nr. 7. Arnold in den Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 113 f. vgl. mit S. 224.

1) Vgl Savigny, System Bd. V §. 237—252. Ueber Statuten-Kollision in Bezug auf Klagenverjährung s. Seuffert's Archiv Bd. II S. 163. — Von der Beweislast bei der erlöschenden Verjährung — ebd. Bd. VI S. 165.

1a) Von der Verjährung der Klagen des Fiskus s. Bl. f. RA. Bd. XIII S. 247. Von Verj. der Klagen der Dorf- und Stadtgemeinden vgl. Seuffert's Archiv Bd. III S. 326. Ueber Verjährung von Nichtigkeitsklagen privilegirter Personen s. Bl. f. RA. Bd. XIII S. 216.

1b) Von der Verjährungszeit bei der Klage aus der lex Cornelia

Dabei wird

a) vorausgesezt, daß die Klage actio nata war, d. h. nach den oben §. 1 vorgetragenen Grundsäzen wirklich angestellt werden konnte [1c]).

b) Die Klagen auf Leistungen, die in bestimmten Terminen wiederkehren, wie z. B. Alimente, sind für jede einzelne Leistung mit deren Verfallzeit geboren [2]). Indessen kann auch die Klage auf das Recht selbst und auf alle Prästationen mit einem Male verjähren, wenn das Recht

wegen Realinjurien s. Bl. f. RA. Bd. XV S. 102. Ueber Verjährung der Schmerzengeldklage — ebd. S. 175. — Verj. der Retraktsklage nach Bayer. R. — ebd. S. 303. — Verj. der Klage auf das beschränkte Erbrecht der unehelichen Kinder nach preuß. Recht — ebd. S. 170. — Ueber die in Betreff der Forderungen an den Staat und des Staates an Unterthanen in Folge der Finanzgeseze v. J. 1822, 1825 und 1831 bestehenden Fristen vgl. Maier geschichtliche Darstellung des Staatsschuldenwesens des Königreichs Bayern. Erl. 1839. Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV S. 113.

1c) Sollte die Forderung mit Ablauf einer Frist nach Kündigung fällig werden, so beginnt die Verjährung nicht vor Ablauf der in solcher Weise bedungenen Frist. Savigny a. a. O. §. 240. — Für Klagen aus verzinslichen Darlehen gilt nach C. 8 §. 4 de praesc. XXX vel XL ann. (7, 39) die Regel, daß die Verjährung der Hauptforderung mit dem Zeitpunkte anfängt, wo zulezt eine Zinszahlung ausgeblieben ist. War jedoch eine Kündigungsfrist bedungen, z. B. von 3 Monaten, so fängt die Verj. der Schuldklage erst 3 Monate nach dem nicht eingehaltenen Zinstermine an. Savigny a. a. O. S. 308. Seuffert's Archiv Bd. I S. 323; Bd. IV S. 323; Bd. VI S. 6.

2) Tafel, Auserlesene Civilrechtssprüche der höheren Gerichte im Württembergischen. 1. H. Heilbronn 1835. S. 64.

widersprochen und doch die ganze Verjährungszeit über nicht geklagt worden ist [3]).

c) Wenn eine in Ansehung der Verjährungszeit begünstigte Person in das Klagerecht eines Unbegünstigten eingetreten ist, so kann Erstere bei dessen Verfolgung von ihrem Vorrechte nur dann Gebrauch machen, wenn von Seite des Gegenbetheiligten eine Verbindlichmachung ihr gegenüber stattgefunden hat [4]). Auf der andern Seite kann durch den Uebergang von einem Begünstigten an einen Unbegünstigten die Vollendung der Verjährung früher herbeigeführt werden [5]).

2) Auf den guten oder bösen Glauben des Gegners des Berechtigten [6]) kommt es bei der Klagenverjährung eben so wenig, als auf den Umstand an, ob der Klageberechtigte sein Klagerecht kannte [6a]).

3) Darüber, in wieweit die Verjährung dadurch, daß der Kläger die ganze Zeit über an der Klage gehindert, so wie dadurch, daß der Gegentheil gemahnt wurde, ausgeschlossen wird, gibt das Civilrecht die näheren Grundsäze an [7]).

3) Gottschalk, disc. for. T. II cap. 6. Savigny a. a. O. S. 112. Seuffert's Archiv Bd. I S. 160; Bd. III S. 165; Bd VI S. 8. Ueber die Beweislast in solchen Fällen — ebd. Bd. I S. 161; Bl. f. RA. Bd. XIV S. 416.

4) Seuffert's Archiv Bd. II S. 7 f.

5) Gottschalk, l. c. T. III cap. 22. Seuffert's Archiv Bd. VI S. 163.

6) Möllenthiel, über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung. Erl. 1820. Bl. f. RA. Bd. XII S. 365.

6a) Bl. f. RA. Bd. XV S. 75.

7) Vgl. Endres in Frhrn. v. Zu-Rhein Zeitschr. f. Theorie und Praxis des bayer. Rechtes. Bd. I S. 133. Außergerichtliche Mahnung bewirkt keine Unterbrechung. Bl. f. RA.

Die Frage, ob die Einrede der Verjährung von Amtswegen supplirt werden dürfe, wird zu Kap. VI §. 9 erörtert werden.

§. 4.

Ob man zur Klage gezwungen werden könne.

§. 5.

Von der Klage ex lege Diffamari [1]).

Von der in Kap. III §. 4 aufgestellten Regel, daß man zum Klagen nicht gezwungen werden könne, findet eine Ausnahme statt, wenn Anlaß zur Provokation ex lege Diffamari vorhanden ist.

Jeder nämlich, der sich rechtlicher Ansprüche gegen einen Andern berühmt, muß bereit sein, solche der richterlichen Prüfung und Entscheidung zu unterwerfen, wenn der Gegner sie nicht anerkennt, und kann durch die Klage ex lege Diffamari dazu angehalten werden.

I. Die Klage setzt voraus, „daß der Provokant von seinem Gegner mit Worten oder Werken, entweder an seiner Ehre, oder an Gütern, Rechten und Gerechtigkeiten

Bd. XII S. 365. — Von Unterbrechung der Klagenverjährung durch Anerkenntniß s. ebd. S. 367. — Ob Angehen des gemeindlichen Vermittelungsamtes Unterbrechung wirkt? Ebd. Bd. XII S. 41. — Ueber die Frage, ob schon die Anstellung der Klage, oder erst die Zustellung der darauf ergangenen Ladung die Unterbrechung der Verjährung wirke, s. unten Komment. zu Kap. V §. 9, III.

1) Bayer, summar. Proz. §§. 52—57. — Durch Provokation des Gegners zur Klagestellung wird auf Verfolgung der in Betreff desselben Gegenstandes vom Provokanten erhobenen Klage nicht verzichtet. Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 30.

auf eine nachtheilige Weise [1a]) angegriffen [1b]) worden ist."

Der Provokat muß sich

1) eines Anspruches gerühmt haben, zufolge dessen ihm der Provokant etwas zu geben, zu leisten, zu gestatten oder sonst die Veränderung eines Zustandes zu bewirken oder zuzulassen verbunden wäre. Ist die Berühmung nur darauf gerichtet, etwas nicht schuldig zu sein, den Anspruch des Provokanten zurückweisen, sich dagegen mit einer wirksamen Einrede vertheidigen zu können; so ist kein Grund zur Provokation ex lege Diffamari gegeben, sollte auch die Berühmung in Ausdrücken geschehen sein, welche die Absicht, klagbar aufzutreten, an den Tag zu legen scheinen, und sollte auch die Behauptung, welche der Berühmung zum Grunde liegt, an und für sich zur Begründung einer Klage geeignet sein. Es kommt Alles darauf an, ob der angebliche Diffamant nach den Aeußerungen,

1a) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. II S. 443.

1b) Ein die Provokation begründender Angriff hat nicht stattgefunden, wenn der Gegner auf obrigkeitliche Befragung die Erklärung abgegeben hat, daß ihm gegen ein von dem angeblichen Diffamanten beabsichtigtes Unternehmen ein Einspruch zustehe. Bl. f. RA. Bd. VI S. 282. Vgl. Seuffert's Archiv Bd. III S. 445. — Von der Provokation wegen Einspruchs gegen ein novum opus s. Bl. f. RA. Bd XI S. 273; wegen Protestationen gegen Hypothekenbuch-Einträge s. Seuffert's Archiv Bd. II S. 299. Protestationen dienen zur Abwehr, nicht zum Angriff, wenn es sich z. B. von Beanstandung einer eingetragenen Hypothek handelt. Anders verhält sich aber die Sache, wenn der Protestation ein Dispositionsbeschränkungs-Anspruch, ein Kautionsbegehren u. dgl. zu Grunde liegt. Hierin liegt ein Angriff gerade so, wie in der Vormerkung einer Hypothek in der III. Rubrik.

in welchen die Diffamation liegen soll, gegen den Provokanten die Veränderung irgend eines Zustandes auf dem Wege der Klage durchsezen, oder nur Das, was ist, vertheidigungsweise behaupten und etwa eine Leistung, die man ihm ansinnt, verweigern will; nur, wenn jenes der Fall, ist gegründeter Anlaß zu einer Provokation gegeben [1c]).

2) Die Klage ex lege Diffamari sezt die Berühmung eines klagbaren Rechtes voraus und bezweckt die richterliche Auflage zur Klagestellung in der Hauptsache. Daher kann man

a) bei ehrenkränkenden Nachreden über Sachen, woraus der Provokat keine Klage für sich abzuleiten vermag, nicht provociren. Denn die Gerichtsordnung kennt den Fall einer provocatio ad probandum nicht, sondern spricht lediglich vom Zwange zur Klagestellung. Daß das Gesez sich des Ausdruckes „Angriff an der Ehre" bedient, ändert hieran nichts, da auch in der Berühmung eines klagbaren Rechtes eine Ehrenkränkung liegen kann, z. B.

1c) Bl. f. Rechtsanw. Bd. III S. 145; Bd. V S. 368; Bd. XII S. 137. Daher findet im Allgemeinen eine Provokation zur Erhebung der Negatorienklage nicht Statt; denn auf den Eigenthümer eines Grundstückes, welcher die von einem Anderen behauptete Servitut oder sonstige Realgerechtigkeit nur widerspricht, paßt der Begriff der Diffamation gar nicht. Franke im Arch. f. civ. Prax. Bd. XVIII S. 224. Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 126. Dieser Saz leidet jedoch eine Einschränkung in dem Falle, wenn sich der Diffamat im Quasibesize der Servitut, etwa durch eine bestehende Vorrichtung, befindet, und der Diffamant sich rühmt, diesem Zustande agendo ein Ende machen zu können. — Vgl. auch Gerichtsordn. III §. 4 Nr. 20, §. 5 Nr. 16. Bl. f. RA. Bd. XII S. 138.

wenn A vorgibt, daß er an B Forderung habe und wegen mißlicher Vermögensumstände des Schuldners nicht zu seiner Befriedigung gelangen könne [2]).

b) In Gegenständen, welche nicht zum Ressort der Justizbehörden gehören, ist eine provocatio ad agendum nicht zulässig. Es können z. B. staatspolizeiliche Verfügungen und Anordnungen eine provocatio ex lege Diffamari nicht begründen; eben so wenig als

c) Mißgriffe eines Gerichtes, denen durch eine Beschwerde abgeholfen werden kann [3]).

d) Die provocatio ex lege Diffamari steht nur Dem zu, gegen den sich Jemand eines Anspruches gerühmt hat, der also im Hauptprozesse der Beklagte wird [3a]). Ein

2) Anmerk. zu Gerichtsordn. Kap. I §. 15. Gönner, Entwurf eines Gesezbuches über das gerichtliche Verfahren. Thl. I Kap. V §. 7 Nr. 1 und Motive hiezu. Bayer, summ. Proz. §. 54. Bl. f. RA. Bd. VI. S. 283. Für das gemeine Recht will Chop im Arch. f. die civ. Prax. Bd. XIII S. 317 die Provokation bei denjenigen Ehrenkränkungen zulassen, rücksichtlich deren sich der Injuriant auf die Einrede der Wahrheit berufen dürfe. Vgl. auch Seuffert's Archiv Bd. V. S. 89. S. dagegen Mittermaier: der deutsche Prozeß Beitr. IV 2. Ausg. S. 257 ff.

3) Gönner, Motive zum Entwurfe eines Gesezb. über das gerichtl. Verf. Bd. II S. 217. Z. B. wenn das Konkursgericht den Massekurator beauftragt, die Aktivausstände einzutreiben, und gegen den angeblichen Debenten, der die Schuldigkeit nicht anerkennt, mit Exekution einschreiten will.

3a) Damit ist es aber nicht ausgeschlossen, gerade zu dem Zwecke zu provoziren, um eine rechtskräftige Entscheidung darüber zu erwirken, daß man dem gerühmten Klagerechte gegenüber nicht der rechte Beklagte sei. Von dem Falle, wenn Jemand sich eines gegen Mehrere gerichteten Rechtes rühmt, dessen Gegenstand theilbar ist, insbesondere von dem Ansinnen, die

Gläubiger kann daher den andern, welcher an dem zur Befriedigung Beider nicht hinreichenden Zahlungsobjekt ein Vorzugsrecht zu haben behauptet, nicht provoziren; denn derselbe hat sich dadurch keines Anspruchs an den andern Gläubiger gerühmt; der Leztere darf nur seine Ansprüche gegen den Schuldner beziehungsweise auf das Zahlungsobjekt verfolgen und, wenn dann zwischen ihm und dem andern Gläubiger ein Prioritätsstreit entsteht, diesen ausfechten [3b]).

e) Die Provokation sezt Berühmung von Seite des Beklagten voraus, daher kann sie gegen die Erben nur in so ferne angestellt werden, als dieselben auch selbst diffamirt haben [4]).

3) Unter der Voraussezung eines an sich klagbaren Rechtes kann auch zur Anstellung einer actio nondum nata provozirt werden, indem natürlich der Diffamant den

Mehreren in einem Klaglibelle zu belangen, s. Bl. f. RA. Bd. XII S. 182 vgl. mit Bd. IX S. 332 und Bd. XI S. 189. Daraus, daß die zusammen und gleichmäßig Diffamirten als Streitgenossen provoziren können, folgt noch nicht, daß sie zusammen als Streitgenossen mit der Hauptklage belangt werden müssen. S. auch OAGE. in Nr. 35 10/41.

3b) Gegen einen Erbschaftsprätendenten, in dessen Person die Voraussezungen der Beklagten-Rolle (Arndts, Pand. §. 531) bei der her. pet. fehlen, ist die Provokation nicht statthaft. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 401 f.

4) Stürzer, Bemerk. S. 361; Bayer a. a. O. §. 56; Seuffert's Archiv Bd. II S. 298. (Dagegen ein Dresdener OAGE. Ebd. Bd. VI S. 120). Selbst die gegen einen Diffamanten bereits rechtskräftig ausgesprochene Verbindlichkeit, binnen festgesezter Frist den gerühmten Anspruch bei Vermeidung ewigen Stillschweigens klagbar zu verfolgen, geht auf die Erben des Diffamanten, der vor Ablauf der Frist gestorben, nicht über. OAGE. v. 18. März 1847 Nr. 628 16/47.

Einwand, die Klage sei noch nicht geboren, nicht entgegensezen kann, und Verhandlung und Entscheidung darüber, ob für den Fall des Eintrittes gewisser bedingender Umstände ein Klagerecht stattfinde, allerdings zulässig ist [5]).

Ist über den Gegenstand der Berühmung bereits ein Rechtsstreit anhängig, so kann über den nämlichen Gegenstand nicht provozirt werden [5a]); z. B. wenn wegen Ansprüchen an den Vorbesizer einer unbeweglichen Sache, über welche Ansprüche ein Rechtsstreit obschwebt, eine Dispositionsbeschränkung, resp. Protestation gegen eine beabsichtigte Veräußerung, vorgemerkt worden ist, so kann der neue Erwerber, welcher sich die fragliche Sache dessen ungeachtet übertragen ließ, Denjenigen, dessen Recht durch die gedachte

5) Anmerk. zur Gerichtsordn. Kap. IV §. 5. lit. c.. „ad molestias futuras." Gottschalk, disc. for. T. III cap. 12. Bayer a. a. O. §. 53 not. 17. Bl. f. Rechtsanw. Bd. V S. 365; Bd. VII S. 91. Die unter solchen Umständen provozirte Klage ist in die Kategorie der Ausnahmsfälle zu stellen, in welchen auf einstweilige Anerkennung eines Rechtsverhältnisses geklagt werden kann. Vgl. Seuffert, prakt. Pand. R. Ausg. III §. 23 Note 5; ferner Seuffert's Archiv Bd. II Nr. 249; Bd. III Nr. 304 – 6.

5a) Auch nicht in dem Falle, wenn der Provokat den Rechtsstreit bei einem auswärtigen forum arresti anhängig gemacht hat; wo indessen bei der Ungewißheit des Erfolges der auswärtigen Streitverhandlung die Provokation nur zur Zeit abzuweisen ist. Bl. f. RA. Bd. VII S. 49; Arends' Samml. Bd. III S. 199. — Ein von der Generalverwaltung der Verkehrs-Anstalten für ersazpflichtig erklärter Postbeamter (vgl. hierüber Komment. Bd. I S. 189 Note 142) kann den Weg der Provokation nicht einschlagen. Bl. f. RA. B. XVII S. 383.

provisorische Einzeichnung gesichert werden sollte, zur Klagestellung gegen sich nicht provoziren[6])

Auch zur Verfolgung eines schon zugesprochenen Rechtes, zur Stellung von Exekutionsanträgen, oder zur Stellung verbesserter Exekutionsanträge kann nicht provozirt werden[6a]).

5) Da der Besiz in der Regel von dem Beweise des Rechtstitels befreit, die Provokation aber diese Beweislast auf den Provokaten wälzen würde; so kann, wenn der Diffamant sich im wirklichen Besize des angerühmten Rechtes befindet, derselbe ex lege Diffamari zur Klage in der Hauptsache nicht angehalten werden; vielmehr ist es Sache des Provokanten, in der Hauptsache selbst Klage gegen den vermeintlichen Diffamanten zu stellen. Hierüber ist zu bemerken:

a) So wie der (körperliche) Besizer einer Sache, so kann auch der Quasibesizer eines Rechtes darum, weil er sich dieses Rechtes gerühmt, zur Klagestellung nicht provozirt werden. Auf besondere Eigenschaften des Besizes nach Dauer, Titel, gutem Glauben, kommt es hier nicht an[6b]), sondern nur darauf, daß sich Diffamant zur Zeit, wo die Provokation in Frage, im faktischen Zustande der Ausübung befindet, oder daß doch der durch frühere Besizeshandlungen begründete Besizstand mittlerweile nicht verloren gegangen ist[6c]). Bei manchen Rechten, z. B. Hand-

6) Bl. f. Rechtsanw. B. II S. 224.

6a) Vgl. OAGE. in Nr. $1580^{39}/_{40}$.

6b) Bl. f. RA. Bd. XVI S. 256.

6c) Vgl. OAGE. in Nr. $1511\,^{45}/_{46}$: „es leide keinen Zweifel, daß unter dem vom Provokaten zu erweisenden Besize nur der jüngste Besiz verstanden werden könne.“ Bl. f. RA. Bd. XII S. 352.

lohn, kommt es noch darauf an, daß die frühere Ausübung und die gegenwärtige Berühmung nicht verschiedenartige Fälle betreffen.

b) Daß Provokant früher einmal das fragliche Recht anerkannt habe, steht an und für sich der Provokation nicht im Wege; kann aber bei Nachweisung des Besitzstandes adminikuliren. — Eben so wenig ist es

c) als ein Besitzstand anzusehen, wenn der Diffamant zur Sicherung seines Anspruches einen Arrest ausgewirkt, oder der Rentbeamte eine Grundabgabe mittels seines Exekutionsrechtes beigetrieben hat.

d) Eintragung eines Rechtes in das Hypothekenbuch ist gleichfalls dem Quasibesitze desselben nicht gleichzuachten [7]).

6) Die Provokation ex lege Diffamari ist kein subsidiäres Rechtsmittel, d. h. sie kann auch dann angewendet werden, wenn der Diffamat sich auf andere Weise, nämlich durch Klagestellung, helfen kann [8]).

II. Wo die Klage ex lege Diffamari anzubringen sei, darüber ist bereits oben gehandelt [9]). In der Klage

7) Bl. f. Rechtsanw. Bd. V S. 144. — Nach einem OAGE. kann, wo es sich unter Mehreren um die Berechtigung zu einer gewissen Forderung handelt, der Besitz der Schuldurkunde nicht als Quasibesitz des Rechtes selbst, im Sinne der GO. IV §. 5 Nr. 6 angesehen werden. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 416.

8) Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 105. Bd. II. S. 54, 194. Seuffert's Archiv Bd. III S. 443; Bd. VI S. 119. Arch. f. die civ. Prax. Bd. IV S. 67; Bd. XXXV S. 253. Bülow und Hagemann, prakt. Erörter. Bd. IV S. 33. Gottschalk, disc. for. T. II cap. 7. Plenarbeschluß des Oberappellationsgerichts vom 18. Jänner 1841 (Regierungsbl. S. 117).

9) Kommentar. Bd. I S. 251. Vgl. hiezu Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 80. Bd. V S. 270; ferner bezüglich des

ist, ohne daß es einer vorläufigen Bescheinigung bedarf, die geschehene Diffamation, und in so ferne die Eigenthumsklage oder die Geltendmachung eines besitzfähigen Rechtes auf Sachen eines Dritten provozirt werden will, der Besitzstand [9a]), in so ferne eine Servitutenklage oder ein einer solchen analoges Rechtsmittel (bei einer deutschen Reallast) provozirt werden soll, das Eigenthum (oder doch conditio usucapiendi) der angeblich belasteten Sache auf Seite des Provokanten als zum Fundament der Klage gehörig anzuführen [10]). Behauptet in lezterem Falle der Provokat, im Quasibesitze des fraglichen Rechtes zu sein, so liegt ihm der Beweis hierüber ob [10a]).

Der Ausweis über den Sühneversuch vor den Gemeindebeamten kann nicht umgangen werden; wohl aber ist, wie bereits oben Kap. III §. 7 bemerkt wurde, eine Provokationsklage gegen den königl. Fiskus nicht durch vorgängige Betretung des Administrativweges bedingt [11]).

Falles der Konnexität mit einem früher verhandelten und entschiedenen Prozesse Bd. XVI S. 143.

9a) Bl. f. RA. Bd. VII S. 411; Bd. XVII S. 47 Nr. 6, 2). Seuffert's Archiv Bd. V S. 88.

10) Franke im Arch. f. civ. Prax. Bd. XVIII S. 224. Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 124; Bd. IV S. 28; Bd. V S. 364. Das Eigenthum braucht in Bezug auf die Provokation der Eigenthumsklage weder behauptet, noch weniger bewiesen zu werden; denn es würde dem Wesen des Provokationsprozesses, als eines vorbereitenden Verfahrens, widersprechen, wenn in demselben der Provokant zur Begründung seiner Provokation einen Beweis übernehmen müßte, zu dessen Führung er nicht einmal im Hauptprozesse verpflichtet wäre. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XVII. S. 47 Nr. 6, 1).

10a) Bl. f. RA. Bd. VIII S. 28; Bd. XII S. 352; Bd. XVI S. 256.

11) Wenn eine Gemeinde ad agendum provozirt wird, so muß

III. Das Verfahren über die Zulässigkeit der Provokation (judicium praeparatorium et diffamatorium) ist summarisch [12]) d. h. protokollarisch, so zwar, daß hierauf das in §. 1 der Prozeßnovelle vom 22. Juli 1819 gestattete schriftliche Verfahren nicht erstreckt werden kann, und mit abgekürzten Terminen. Zeigt sich, daß die Hauptsache sich zum beschleunigten Verfahren im mündlichen Verhöre eignen wird, so ist auch die Provokationsklage in diesem zu verhandeln.

IV. Der Richter prüft die Provokationsklage, wie eine andere Klage, und weist sie nach Maaßgabe dieser Prüfung ganz oder bedingt ab [13]), oder läßt sie zu. Im lezteren Falle wird zur Verhandlung über die Provokationsklage eine nahe Tagfahrt bestimmt, und hiezu der Beklagte peremtorisch unter dem Präjudize geladen, daß er sonst die Auflage zu gewärtigen habe, binnen eines peremtorischen Termins Klage in der Hauptsache zu stellen, oder ewiges Stillschweigen über die vorwürfige Sache zu halten [14]).

der Prozeß in diffamatorio (s. Nr. III) so lange beruhen, bis die Gemeinde den Streitkonsens erhalten hat. Wird ihr derselbe versagt, und die Vertretung auch nicht von Gemeindegliedern übernommen (s. oben S. 115 N. 6 a. E.), so kann Provokant verlangen, daß auf „ewiges Stillschweigen" erkannt werde. Vgl. oben S. 114—115 N. 6 (zum Theil abweichend Bl. f. RA. Bd VI S. 111). — Wird der Konsens ertheilt, so wird dann, wie gewöhnlich, in judicio diffamatorio weiter verfahren.

12) Anmerk. z. Gerichtsordn. a. d. St lit. b.

13) In diesem Falle ist die Berufung zulässig, aber gegen zwei in der Hauptsache gleichförmige Erkenntnisse nicht an die dritte Instanz. Ges. v. 17. Nov. 1837 §. 52 Nr. 1 §. 54 Nr. 1.

14) Dieses Präjudiz statt des gewöhnlichen bei der Ladung zur

Im Uebrigen ist hier noch zu bemerken, daß der Richter dadurch, daß er eine Provokation dem Provokaten zur Erklärung mittheilt, sich noch keineswegs über die Statthaftigkeit der Provokation definitiv ausgesprochen und in keinem Falle sich durch eine solche blos prozeßleitende Verfügung des Rechtes begeben hat, die Provokation nach gepflogener Verhandlung dennoch zurückzuweisen, wenn sich ergibt, daß es an deren gesezlichen Erfordernissen mangelt [15]). Wenn die Provokation an sich zulässig, und die Diffamation schon in der Provokationsklage außer Zweifel gestellt ist, z. B. durch Bezugnahme auf gerichtliche Akten, aus welchen sie hervorgeht, insbesondere auf die Akten des vorhergegangenen possessorischen Streites zufolge Gerichtsordn. III §. 4 Nr. 20 §. 5 Nr. 15, so kann die Provokationsklage unter sofortiger Aufforderung zur Klagestellung in der Hauptsache mitgetheilt werden [15a]).

Gegen ein solches Dekret hat eine selbstständige Berufung nicht statt; der Provokat kann seine Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Provokation in erster Instanz anbringen [15b]).

V. Der Provokat kann in judicio diffamatorio gerichtsablehnende Einreden vorbringen, in welchem

Klagebeantwortung rechtfertigt sich durch die Bestimmung der Gerichtsordn. a. d. O. Nr. 5, wornach die contumacia die Anberaumung eines peremtorischen Termins zur Klagestellung unter Androhung ewigen Stillschweigens zur Folge haben soll.

15) Bl. f. Rechtsanw. Bd. V S. 285.

15a) Bl. f. RA. Bd VI S. 112, Bd. VIII S. 400. Obiges gilt selbst für den Fall, wenn der Provokant zunächst auf Verhandlung angetragen hat. Ebd. Bd. XIII S. 128.

15b) Vgl. Komment. zu Kap. XIV §. 1; Kap. XV §. 3, I lit. f. Vgl. Bl. f. RA. Bd. IX S. 343; Bd. X S. 14; Bd. XIV S. 301.

Falle er sich über die Diffamation nicht zu erklären braucht. Werden dieselben verworfen, so ist ein neuer Termin zur Verhandlung in judicio diffamatorio anzuberaumen. — Im Uebrigen ist der Diffamant sogleich zur Klagestellung in der Hauptsache binnen eines peremtorischen Termins unter Androhung ewigen Stillschweigens zu verurtheilen, wenn der Ungrund der entgegengesetzten Einreden und das Bestreben, die Sache zu verzögern, auf Seite der Diffamanten klar zu Tage liegt [16]).

VI. Das Erkenntniß in Diffamatorio weist entweder die Provokation ab, oder es legt dem Provokanten den Beweis der geschehenen Diffamation und erforderlichen Falles des von ihm behaupteten Besitzstandes oder Eigenthums, resp. dem Provokaten Nachweisung über den behaupteten Quasibesitz des fraglichen Rechtes [16a]) (Nr. II oben), auf, oder es verurtheilt den Provokaten zur Anstellung der Hauptklage unter Anberaumung eines peremtorischen Termins und unter Androhung ewigen Stillschweigens [16b]) je nachdem die Provokation an sich als unzulässig, oder als

16) Die Gerichtsordn. a. d. St. Nr. 5 spricht von „Ausflüchten" und „unerheblichen Einwendungen." Dieses gilt insbesondere von unerheblichen Einwendungen gegen die Statthaftigkeit der Provokation, mit welcher gewöhnlich der Provokationsklage begegnet werden will. — Daß eine Widerklage im Provokationsprozesse nicht zulässig sei, wurde in einem OAGE. angenommen. Bl. f. RA. Bd. X S. 93. Vgl. indessen die daselbst S. 94 beigefügte Nachschrift.

16a) Bl. f. RA. Bd. VIII S. 28 vgl. mit Bd. VII S. 411 f.

16b) Hat der Provokat die Diffamation zugestanden und die Behauptung des fraglichen Rechtes wiederholt, so ist das Erkenntniß über die aus der Provokation erwachsenen Kosten bis zur künftigen Entscheidung der Hauptsache zu vertagen. Gett prakt. Erört. S. 321 f.

durch Beweis bedingt, oder als gehörig begründet sich darstellt. Der Beweis wird summarisch, d. h. in abgekürzten Terminen und mit verminderten Förmlichkeiten, geführt; unterscheidet sich aber von dem ordentlichen Beweis nicht durch Unvollständigkeit und ist mit bloser Bescheinigung nicht zu verwechseln [17]).

Die Eideszuschiebung zum Beweise der stattgefundenen Diffamation ist nicht ausgeschlossen [18]).

VII. Der peremtorische, Erstreckung nicht ausschließende [18a]) Termin, welcher dem Provokaten zur Anstellung der Hauptklage unter Androhung ewigen Stillschweigens durch das im Diffamationsprozesse erlassene Urtheil vorgesteckt worden ist, beginnt erst von dem Tage der eingetretenen Rechtskraft dieses Urtheils an zu laufen [18b]).

VIII. Damit nach durchgeführtem Provokationsverfahren der angedrohte Rechtsnachtheil des ewigen Stillschweigens wirklich eintrete, muß derselbe nach fruchtlosem Ablaufe der dem Provokaten vorgesteckten Frist, auf vorhergegangene Ungehorsamsbeschuldigung des Provokanten in einem förmlichen Erkenntnisse ausgesprochen werden. Wird die Hauptklage nach Ablauf der vorgesteckten Frist vor Erlassung des Präklusionsbescheides angestellt, so kann dieser nicht mehr erfolgen, und jener Klage steht die Einrede der Präklusion nicht entgegen [18c]). — Mit dem Ausspruche der Verwirkung des angedrohten Präjudizes des ewigen

17) Vgl. das Nähere unten zu Kap. IX §. 2.

18) Feust in Frhrn. v. Zu-Rhein Zeitschr. f. Theorie und Prax. des bayer. Rechtes Bd. I S. 51. Bl. f. Rechtsanw. Bd. V S. 239.

18a) Bl. f. RA. Bd. VII S. 409; Bd. XII S. 272.

18b) Bl. f. RA. Bd. XV S. 351.

18c) Bl. f. RA. Bd. VI S. 384; Bd. XV S. 352.

Stillschweigens [19]), oder mit der Anstellung der Hauptklage endigt sich das judicium diffamatorium. Die in Folge einer vorausgegangenen Provokation, sohin gezwungener Weise, angestellte Hauptklage unterscheidet sich in nichts von einer Klage, die ohne vorausgegangenes Diffamatorium freiwillig angestellt worden ist; es verliert daher der Provokat sein Recht, die Klage zu ändern, nicht [20]), er kann, wenn er mit der angestellten Klage angebrachtermaßen abgewiesen worden ist, nicht angehalten werden, binnen einer bestimmten Zeit eine neue verbesserte Klage einzureichen, so ferne er sich nicht einer neuen Diffamation schuldig gemacht und dadurch zu einer wiederholten Provokation Veranlassung gegeben hat [21]).

§. 6.

Von der Klage ex lege Si contendat [1]).

Die dem Bürgen zustehenden Einreden der Vorausklagung und Theilung versprechen nur so lange Erfolg, als Hauptschuldner und Mitbürge zahlungsfähig sind. Säumt nun der Gläubiger lange Zeit mit deren Belan-

19) Diese Verwirkung hat die Folge, daß der Anspruch, dessen sich der Provokat gerühmt hat, zu keiner Zeit und in keiner Weise, weder agendo, noch excipiendo, mehr geltend gemacht werden kann. — Von der Restitution gegen ein ewiges Stillschweigen auflegendes Erkenntniß Bl. f. RA. Bd. VII S. 141.

20) Mittermaier im Arch. f. die civ. Prax. Bd. I S. 256.

21) Bl. f. Rechtsanw. Bd. II S. 5; Bd. V S. 251. Anderer Meinung Kritz Samml. von Rechtsfällen, Lpz. 1833, Bd. I S. 48. — Die Praxis unseres OAG. schwankt. Bl. f. RA. Bd. XVI Erg. Bl. S. 64.

1) Gesterding im Arch. f. civ. Prax. Bd. VII S. 138, in dessen Ausbeute aus Rechtsforschungen Bd. III S. 420.

gung, so kann diese Säumniß den Verlust der Wirksamkeit jener Einreden zur Folge haben.

Die (privilegirte) exceptio non num. pec. dauert nur 2 Jahre und geht also verloren, wenn der Gläubiger diese Zeit, ohne zu klagen, verstreichen läßt.

Die Wirksamkeit anderer Einreden kann durch Vorabsterben der Beweiszeugen oder auch des Klägers gefährdet werden, das Leztere nämlich in dem Falle, wenn der Beweis nur durch Eidesdelation geführt werden, diese aber an die künftigen Erben wegen deren Mangels eigener Wissenschaft nicht statt finden könnte.

In allen diesen Fällen hat der eventuelle Beklagte ein Interesse, die gefährdeten Einreden jezt schon geltend machen und dadurch der Verlustsgefahr vorbeugen zu können. Diesem Bedürfnisse entspricht die provocatio ex lege Si contendat, durch welche nach der gemeinrechtlichen Praxis der Provokat zu alsbaldiger Klagestellung, nach Vorschrift der Gerichtsordn. aber zu einer Verhandlung aufgefordert wird, deren Aufgabe blos darin besteht, die fortdauernde Wirksamkeit der fraglichen Einrede durch einen alsbaldigen Ausspruch über deren Statthaftigkeit sicher zu stellen. Der Provokat kann indessen dieser Verhandlung ausweichen, wenn er sofort zur Klagestellung schreitet.

Ob der Provokat mit der Klagestellung bisher etwa aus Nachsicht gegen Hauptschuldner und Mitbürgen, oder gerade in der Absicht zögerte, den Verlust der Einrede herbeizuführen, macht keinen Unterschied. Hatte die bisherige Zögerung ihren Grund in Unreife des Klagrechts, so findet die Provokation nicht Statt [2]).

2) Anmerk. z. d. St. d. Gerichtsord. lit. e. Stürzer, Bemerkungen S. 362, findet hierin eine Inkonsequenz in Bezug auf

In den Fällen der except. ordinis, divisionis, non num. pec. bezweckt die Provokation Perpetuirung dieser Einreden, d. h. Erstreckung ihrer Wirksamkeit auf die Zeit jenseits des gesezlichen Zeitraums, resp. jenseits des Eintrittes der Umstände, welche außerdem deren Erfolglosigkeit herbeiführen würden (Insolvenz des Hauptschuldners oder des Mitbürgen). Darauf ist nun auch in diesen Fällen die Bitte der Provokation zu richten: es möge nach gepflogener Verhandlung ausgesprochen werden, daß die fragliche Einrede statthaft, und Kläger seiner Zeit mit der Entgegnung der mittlerweile eingetretenen Insolvenz des Hauptschuldners, resp. Mitbürgen, beziehungsweise des Ablaufs der für die exc. non num. pecuniae vorgestreckten Zeit nicht zu hören sei.

In denjenigen Fällen aber, wo es nur Abwendung des Verlustes von Beweismitteln gilt, geht der Antrag darauf, es möge Provokant nach gepflogener Verhandlung jezt schon zum Beweise der Einrede gelassen, und nach dessen Durchführung die Statthaftigkeit derselben und der Ausschluß etwaiger Repliken ausgesprochen werden.

Die Provokationsschrift muß das zwischen den Theilen stattfindende Rechtsverhältniß und nebstdem die Gefahr des Verlustes einer Einrede darlegen [2a]). Erhellt diese Gefahr nicht schon aus den Umständen des Rechtsverhältnisses, so ist darüber Bescheinigung, wozu auch menschliche Vermuthungen, unbeschworene Zeugnisse u. dgl. nach

die provoc. ex lege Diffamari. Allein es wird dabei übersehen, daß bei dieser eine Berühmung vorausgesezt wird, welche bei der provoc. ex lege Si contendat nicht erforderlich ist. Anmerkung lit. a.

2a) Ein Zugeständniß des Klagegrundes sezt die Provokation nicht voraus. Bl. f. RA. Bd. XVII S. 12.

richterlichem Ermessen hinreichen [3]), sofort mit der Provokation beizubringen, und, wenn es daran fehlt, durch richterliche Auflage an den Provokanten vorläufig zu erholen.

In der Ladung zur Verhandlungstagfahrt ist dem Provokaten ein der Provokationsbitte nach Verschiedenheit der Fälle entsprechendes Präjudiz anzudrohen; in denen der ersten Art dahin, daß Provokat den Ausspruch der Perpetuirung der Einrede in obenbezeichneter Weise zu gewärtigen habe; in den Fällen der zweiten dahin: es werde Provokant mit Ausschluß der gegnerischen Repliken zum alsbaldigen Beweise der fraglichen Einrede gelassen werden. Dieses Präjudiz wird sodann, wenn Provokat wirklich nicht erscheint, auf Anrufen des Provokanten durch Erkenntniß verwirklicht; ohne daß die Rechtssäze vom Ungehorsam des Beklagten in Abgabe der Vernehmlassung hier in Anwendung gebracht werden könnten. Denn der Provokat wird ja nicht ad excipiendum, sondern ad replicandum vorgeladen [4]).

Der in der Verhandlungstagfahrt erschienene Provokat kann, indem er eine gerichtsstandablehnende Einrede vorbringt, oder die Zuläſſigkeit der Provokation bestreitet, die Einlassung auf diese verweigern; jedoch (abgesehen von gerichtsablehnenden Einreden) nur auf die Gefahr hin, daß im Falle die Einwendungen als offenbar unerheblich befunden werden [5]), sofort die Verwirklichung des angedrohten Präjudizes eintritt. Erscheinen die Einwendungen zwar nicht als leere Ausflüchte, aber doch als unhaltbar, so wird mit deren Verwerfung eine neue Verhandlungs-

3) Anmerk lit. f.

4) Die Gerichtsord. Kap. VI §. 16 Nr. 4 bestimmt die sofortige Präklusion mit der Replik als Folge der Versäumung des ersten zu deren Abgabe anberaumten Termins.

5) Vgl. hier § 5 Note 16 oben.

tagfahrt unter Wiederholung des früheren Präjudizes anberaumt.

Kommt es zur Verhandlung, so besteht diese in der gewöhnlichen Erklärung über die vorgebrachte Einrede und Aufstellung etwaiger Repliken, und es kommt, nach erfolgter Duplikhandlung, wenn die zu Grunde liegenden Thatsachen in Abrede gestellt sind, vor der Hand zur Erlassung eines Beweisinterlokutes. Die hierauf folgende Beweisinstanz hat nichts Besonderes. Durch das Enderkenntniß wird entweder der Provokationsbitte (s. oben) entsprochen, oder es werden die fragl. Einreden, wenn sie nicht bewiesen oder durch Repliken entkräftet sind, als unstatthaft verworfen, jedoch in solchem Falle in der Hauptsache, nämlich über die (nicht erhobene) Klage noch keineswegs gesprochen [6]).

§. 7.

Innerliche Requisite eines Klagelibells [1]).

In der Klageschrift muß

I. der Richter, der Kläger und der Beklagte benannt sein.

In Beziehung 1) auf den Richter ist eine Ausführung über dessen Kompetenz in der Regel nicht erforderlich; nur, wo dieselbe aus irgend einem Grunde als zweifelhaft erscheinen könnte, und wo die Sache vor ein anderes, als das forum ordinarium (vgl. oben Kap. I §. 2 fgl.),

6) Anmerk. a. a. O. lit. o.

1) Sintenis, Erläuterungen über verschiedene Lehren des Civilprozesses. Gießen 1840 Bd. I S. 211 ff. Brackenhöft in der Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß Bd. XI S. 175 ff. Krüger im Archiv für civ. Pr. Bd. XXXVI S. 190. f. Vgl. ebd. Bd. XXXV S. 246 f.

gebracht wird, ist es räthlich und geeignet, in der Klage die zur Begründung der Zuständigkeit des angegangenen Gerichtes genügenden Momente kurz anzuführen.

2) Die Bezeichnung der Parteien muß so deutlich geschehen, daß über die Identität der Person kein Zweifel entstehen kann [1a]). Insbesondere hat,

a) wer mandatarii nomine Klage stellt, auch den Principal zu benennen, so wie,

b) wenn für einen Minderjährigen oder Kuratelmäßigen geklagt wird, auch der Vormund oder Kurator anzugeben ist.

c) Im Falle einer Streitgenossenschaft, gleichviel, ob einer aktiven oder passiven, müssen in der Klage die einzelnen Streitgenossen genannt werden [1b]), später genügt die allgemeine Bezeichnung N. und Streitgenossen rc.

II. Die Klage muß alle zu ihrer Begründung nöthigen Thatsachen enthalten [1c]). Dabei

1a) In größeren Städten pflegt man auch nähere Bezeichnung der Wohnung zu verlangen.

1b) Vgl. hierüber Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 362. Die Nichtangabe der Haftungstheile der Einzelnen ist unschädlich.

1c) Es schadet nicht, wenn in einer Klage die Angabe der causa debendi fehlt, sofern sich diese aus deren in Bezug genommenen Anlagen ergibt, z. B. aus einem Contocorrent (Buchauszug), wenn dieser (wenigstens für kaufmännische oder von Sachverständigen dieser Kategorie geleitete Augen) die gegenseitigen Rechtsverhältnisse so deutlich darlegt, daß eine spezielle Einlassung des Beklagten darauf möglich wird. Liegt ein früheres Anerkenntniß des eingeklagten Contocorrents vor, z. B. in Briefen des Beklagten, so bedarf es zur Begründung der einzelnen Posten desselben in der Klage keiner näheren Ausführung und Nachweisung ihrer Entstehung im Einzelnen. Vgl. Archiv für civ. Pr. Bd. XXXV S. 248 mit Bl. f. RA.

genügt es nicht, blos den nackten Rechtsbegriff anzuführen; vielmehr muß ein konkretes Faktum erzählt werden, und dieses alle Umstände darlegen, welche zur Begründung des geltend gemachten Rechtes erforderlich sind [1d]). Wenn z. B. wegen vom Beklagten gebrauchter Schimpfworte oder wegen Realinjurien geklagt wird, so genügt es nicht, in der Klage blos anzuführen, derselbe habe sich eines beleidigenden Schimpfwortes gegen den Kläger bedient, oder er habe ihn injurirt: vielmehr müssen in diesem Falle die Schimpfworte angeführt, die Realinjurie muß näher bezeichnet werden. Damit ist aber nicht gemeint, daß, wenn Willenshandlungen oder überhaupt mündliche oder schriftliche Aeußerungen einer Person den Grund der Klage bilden, die fraglichen Aeußerungen immer wörtlich genau vorgetragen werden müßten: vielmehr ist dieses nur in jenen Fällen erforderlich, wo es sich davon handelt, gebrauchte Worte unmittelbar unter das Gesez zu subsumiren; nicht aber, wo es gilt, die rechtlichen Folgen der mit den Worten ausgedrückten Sache, der darin lie-

Bd. XII 271. — Bei Klagen aus einer vertragsmäßigen Abrechnung oder aus einem auf eine Gesammtsumme lautenden constitutum debiti proprii oder Novationsgeschäfte ist zur Klagbegründung nicht erforderlich, die einzelnen Abrechnungsposten resp. die früheren Forderungen, bezüglich welcher constitutum oder Novation eingegangen worden, nach den Ursprungs-Thatsachen darzulegen. Bl. f. RA. Bd. XIII S. 141; Bd. XVIII S. 304. Seuffert's Archiv Bd. II S. 38, 39, 413; Bd. III S. 135; Bd. IV S. 137; Bd. V S. 146; Bd. VI S. 374.; Bd. VII S. 286, 290.

1d) Ueber thatsächliche Begründung von Behauptungen, welche, wie z. B. der Vorwurf der Undankbarkeit, ein Urtheil über Thatsachen enthalten, s. Bl. f. RA. Bd. XVII S. 30.

genden Handlung, des juristischen Inhaltes der Aeußerung geltend zu machen [2]).

Wo schriftliche Errichtung, obrigkeitliche Fertigung, Zuziehung von Zeugen Bedingungen der Giltigkeit und Klagbarkeit sind [3]), muß die Geschichtserzählung auch der Beobachtung dieser Form erwähnen.

Zeit und Ort der erzählten Thatsachen anzugeben, ist jedenfalls räthlich, ja nicht selten auch erforderlich [3a]); so,

2) So genügt es bei Klagen aus Verträgen und leztwilligen Verordnungen, die Bestimmungen, welche den Inhalt des Vertrages oder der leztwilligen Verfügung ausmachen, und welche das Recht des Klägers begründen sollen, deutlich zu bezeichnen, ohne daß es darauf ankommt, dieselben Worte anzuführen, in welchen das zweiseitige Geschäft verabredet, oder das Vermächtniß angeordnet worden ist. Eben so wenig ist ein wörtliches Anführen erforderlich, wenn die Injurienklage wegen einer ehrenkränkenden Nachrede erhoben wird: der entscheidende Umstand besteht hier darin, was nachgeredet wird, nicht aber in den einzelnen Worten und Ausdrücken, welche dabei gebraucht wurden. Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV S. 29.

3) D. h. nicht blos in der Art vorgeschrieben, daß der Beklagte auf die Außerachtlassung eine Einrede gründen kann, z. B. die exceptio non protocollati contractus bei Verträgen zwischen Christen und Juden nach manchen (nunmehr durch das Gesez vom 29. Juni 1851 außer Kraft gesezten) Landesgesezen.

3a) Vgl. Kreittmayr in der Anmerk. lit. b.: „Dahin auch die Worte in dem Codice, „so viel man davon zu wissen vonnöthen hat", welches der Richter aus den Umständen zu erkennen, und sich mit dem Auftrag diesfalls darnach zu richten weiß." — Vgl. Strippelmann Samml. von Entsch. des OAG. zu Cassel Thl. VI S. 647: Ein absolut bestimmtes Anführen über die Zeit der Abschließung des Rechtsgeschäftes selbst, woraus Rechte und Ver-

wenn die Relevanz einer Thatsache von ihren Zeitverhältnissen zu einer anderen abhängt, wie bei Klagen aus einem außerehelichen Beischlafe [3b]), oder wenn bei Veränderungen in der Gesezgebung oder wegen Kollision der Statuten Zeit und Ort der Entstehung des Rechtsverhältnisses einen entscheidenden Einfluß haben, oder wenn die Thatgeschichte mehrere Thatsachen umfaßt, und Verhältniß und Zusammenhang derselben nur aus Angaben von Raum und Zeit erkannt zu werden vermag [4]). — Mitunter

bindlichkeiten hergeleitet werden sollen, nach Jahr, Monat und Tag — wird nicht für ein unbedingtes Erforderniß der Klage daraus im ordentlichen Prozeß gehalten. Da nämlich eine solche Angabe den Zweck hat, die Individualität des Faktums dergestalt festzustellen, daß der Gegner darüber nicht im Zweifel bleiben könne und zu aller ihm etwa zustehenden Vertheidigung in den Stand gesezt werde, so ist hieraus der Maaßstab für den Umfang, in welchem die faktische Substanzirung der Klage in jedem einzelnen Falle erforderlich ist, in wie fern also nach richterlichem Ermessen eine mehr oder minder bestimmte Zeitangabe genügen werde, hergeleitet werden."

3b) Von der Klagbegründung und dem Beweissaze in Schwängerungssachen s. Seuffert's Archiv Bd IV S. 235 vgl. mit Bd. I S. 234.

4) Kreittmayr in den Anmerk. z. d. a. St. der Gerichtsordn lit. b. führt es als allgemein anerkannt an, daß bei Injurienklagen (wie in „Kriminalsachen") Bezeichnung von Ort Zeit nicht fehlen dürfe, um (wie aus dem allegirten Gail zu entnehmen) dem Beklagten nicht die Vertheidigung durch den Beweis des alibi abzuschneiden. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XII S. 31. — Daß Zeit und Ort bei Klagen aus Verträgen, vertragsähnlichen Verhältnissen oder unerlaubten Handlungen überall zu den erforderlichen Umständen zu rechnen seien, läßt sich wohl beanstanden. Wenn z. B. bei

kann die Nothwendigkeit, die Bezeichnungen von Raum und Zeit anzugeben, erst aus der Vernehmlassung des Beklagten hervorgehen [5]). In Fällen solcher Art hat der Richter in einem der Vernehmlassung nachfolgenden Dekrete den Kläger anzuweisen, die fehlenden Angaben von Ort und Zeit nachzutragen. — Geschieht die Nachtragung, ohne Veranlassung durch richterliches Dekret, im Replikſaze, so kann dies, wenn Beklagter darüber sich zu erklären Gelegenheit hatte, zur Heilung des früheren Mangels dienen und nicht als eine unzuläſſige Klageänderung angesehen werden [6]).

Eine Klage aus einem zweiseitigen, die s. g. exceptio non adimpleti zulassenden Vertrage ist aus dem Grunde, weil darin der Erfüllung der dem Kläger obliegenden Ge-

einer Darlehens- oder Verkaufs-Klage Zeit und Ort der Hingabe oder Vertragsschließung nicht angegeben wurden, und der Beklagte über diesen Mangel keine Ausstellung macht, so waltet kein Hinderniß ob, in der Sache endlich oder zwischenbescheidlich zu erkennen. Vgl. Seuffert's Archiv Bd. VII S. 135. Daraus folgt, daß im Allgemeinen Mängel dieser Kategorie den Richter nicht berechtigen, eine Klage angebrachtermaßen abzuweisen

5) Der von Kreittmayr a. a. O. allegirte Seyfart: teutscher Reichsprozeß, erwähnt Kap. I §. 6 Note d folgendes Beispiel: „Wenn mich Jemand wegen einer Sache belanget, „die ich in einem Jahr oder Monat zu verschiedenen Malen „bekommen und wiedergegeben habe, oder wegen eines Stückes „Waare, dergleichen ich auch öfters empfangen und bezahlt „oder durch Abrechnung vergütet habe; so muß der Kläger „mir die Zeit der Lieferung spezifiziren, damit ich meine exceptiones dagegen richten kann.“

6) Vgl. hierüber unten zu §. 13. Seuffert's Archiv Bd. I S. 127.

genleistung nicht erwähnt ist, angebrachtermaßen nicht abzuweisen. Vielmehr ist hierüber die Einwendung des Beklagten abzuwarten, und das darauf in der Replik über diesen Punkt Vorkommende nicht als verspätet anzusehen [6a]). Eben so ist die Sache bei Klagen aus zedirten Forderungen in Betreff der Angabe des besonderen Zessionsgrundes aufzufassen. Ungeachtet diese Angabe in der Klagschrift fehlt, ist die Verhandlung einzuleiten, indem jene noch in der Replik nachgetragen werden kann [7]).

Aus der Klage muß insbesondere auch hervorgehen, daß Derjenige, welcher das Recht jezt geltend macht, der Berechtigte, und Derjenige, gegen den es geltend gemacht wird, der Verpflichtete sei [7a]). Diese Nachweisung der subjektiven Seite des Klagegrundes ist die sog. Sachlegitimation (legitimatio ad causam) [8]). Die Ge-

6a) Bl. f. RA. Bd. XII Erg. Bl. S. 80; Seuffert's Archiv Bd. III S. 223.

7) Seuffert, prakt. PR. Ausg. III §. 303 Note 7. Vgl. indessen Bl. f. Rechtsanw. Bd. III S. 385.

7a) Von der Sachlegitimation bei Einklagung einer zedirten Forderung von Seite des Zedenten s. Seuffert's Archiv Bd. I S. 123. — Ueber die Legitimation einer Pfarrgemeinde zur Klage gegen den Zehentherrn auf Anerkennung ihrer Freiheit von der Konkurrenzpflicht vgl. Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 378, Bd. XIX S. 170. — Von der Klage des Pächters zur Geltendmachung von Gerechtsamen des Pachtgutes s. Seuffert's Archiv Bd. VI S. 373.

8) Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien Bd. I Nr. V. Bethmann-Hollweg Versuche Nr. II. Plank, de legitim. ad causam, Gottingae 1837. Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV S. 65. Frhr. v. Zu-Rhein Zeitschr. für Theorie und Prax. des bayer.

richtsordnung behandelt die Lehre von der legitimatio ad causam nicht; in den Anmerk. zu Kap. VII §. 1 lit. d. nennt Frhr. v. Kreittmayr dieselbe, von dem Sprachgebrauche der gemeinen Prozeßtheorie abweichend, legitimatio personae und macht darüber die kurze, aber treffende Bemerkung, daß sie ad materialia causae gehöre, und in der Hauptsache selbst den Ausschlag gebe. Der Natur der Sache und der eben angeführten Bemerkung zufolge gilt, was von der Begründung der Klage überhaupt Rechtens ist, insbesondere auch von der Sachlegitimation, — über deren Natur folgende hier episodisch vorzutragende Grundsätze gelten.

Es ist

1) ein irriger Lehrsatz, die Parteien seien befugt, in jedem Theile des Prozesses, selbst noch in der Exekution die Berichtigung der Sachlegitimation zu verlangen. Vielmehr gilt in Ansehung der zur Sachlegitimation gehörigen Thatsachen in jedem Stadium des Verfahrens nichts Anderes, als was für andere zur Begründung der Klage erforderliche Thatsachen Rechtens ist [9]).

Nicht besser begründet ist

2) der andere Lehrsatz: der Richter habe für die Sachlegitimation von Amtswegen zu sorgen, und zu jeder Zeit, sobald sich der Mangel entdeckt, die Berichtigung mit Hemmung des Verfahrens anzuordnen. — Allerdings hat der Richter von Amtswegen zu prüfen, ob in der Klageschrift die zur Sachlegitimation erforderlichen Thatsachen angeführt sind, und, wenn dies nicht der Fall, die Klage angebrachtermaßen abzuweisen; — aber dies aus keinem anderen

Rechtes Bd. III H. 3 S. 290. Bayer Vorträge (ed. VIII.) §. 21.

9) Bl. f. Rechtsanw. a. a. O. S. 66.

Gesichtspunkte, als aus welchem Klagen wegen jedes anderen Mangels ihrer Begründung zurückgewiesen werden [10]). — Dritten Personen, deren Betheiligung aus den Verhandlungen erhellet, ist von Amtswegen Kenntniß von dem Streite zu geben [11]), im Uebrigen ist das richterliche Amt hinsichtlich der die Sachlegitimation ausmachenden Thatsachen an die Gränzen der Verhandlungsmaxime nicht minder gebunden, als dies bezüglich anderer für die Entscheidung des Streites relevanter Thatsachen der Fall ist [12]).

Desgleichen ist

3) der Satz irrig, der Mangel der Sachlegitimation bewirke Nichtigkeit des ganzen Verfahrens und des darauf gebauten Urtheils [13]).

Allerdings mögen Verfahren und Urtheil der Regel nach [14]) in Ansehung des Dritten unwirksam sein, über dessen Recht in dem fraglichen Prozeß unbefugterweise gestritten wurde. Was aber den Rechtsbestand des Verfahrens und Urtheils unter den Parteien selbst betrifft, so wird derselbe weder durch gänzliche Außerachtlassung des Punktes der Sachlegitimation (defectus legitim. ad causam formalis) noch durch die wirkliche Ermanglung derselben (def. l. a. c. materialis) gefährdet. So wenig die Außer-

10) Vgl. §. 17 unten. Gerade so verhält es sich mit Würdigung der Sachlegitimation bei Abfassung des Urtheils nach geschlossener Verhandlung.

11) Vgl. unten zu Kap. VIII §. 4 Nr. 5 der Gerichtsordn.

12) Kommentar Bd. I S. 397 Note 62. Bl. f. Rechtsanw. a. a. O. S. 68.

13) Linde in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. Bd. III S. 297. Dagegen Bl. f. Rechtsanw. a. a. O.

14) Ueber die Ausnahmen vgl. unten zu Gerichtsordn. Kap. XIV §. 11 Nr. 4.

achtlassung eines anderen, zur objektiven Begründung des in Frage befindlichen Rechtes erforderlichen, Thatumstandes, oder die irrige Annahme der Wahrheit eines solchen — Nichtigkeit des Verfahrens und Urtheils bewirkt, eben so wenig tritt diese Wirkung ein, wenn auf gleiche Weise in Bezug auf die subjektive Seite des Klagegrundes gefehlt worden ist.

4) Was der Beklagte gemeinhin als sog. exceptio deficientis legitimationis ad causam vorbringt [14a]), ist a) entweder nichts Anderes als die dilatorische Einrede der dunkeln Klageschrift, wenn nämlich gerügt wird, der Kläger habe das im konkreten Falle zur Sachlegitimation Erforderliche nicht, oder nicht gehörig angeführt; — oder es ist b) negative Kriegsbefestigung; wenn nämlich das zur Sachlegitimation vom Kläger Behauptete nun vom Beklagten widersprochen wird. In beiden Fällen hat jener Einwand nichts Eigenthümliches.

Nicht selten kömmt es aber c) vor, daß der Beklagte der Klage entgegensetzt, das zur Sachlegitimation Erforderliche sei noch nicht bewiesen, und auf diesen Einwand die Weigerung, sich zur Zeit einzulassen, gründet (Einrede der mangelnden Sachlegitimation im engeren und eigentlichen Sinne) [15]). — Da nun aber die Trennung der Beweisführung über die Sachlegitimation von der über die objektive Seite des in Frage befindlichen Rechtsverhältnisses zufolge der Eventualmaxime der Regel nach unzulässig ist, so kann jener Einwand, damit er wirksam sei, nur durch Anführung besonderer Um-

14a) Vgl. hierüber Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 27.

15) Nach der Prozeßnovelle vom 17. November 1837 §. 28 ist damit, um im Verwerfungsfalle die Rechtsnachtheile der Nichtbeantwortung der Klage zu vermeiden, die eventuelle Einlassung zu verbinden.

stände begründet werden, welche in dem gegebenen Falle ausnahmsweise die Trennung des Legitimationspunktes von der Hauptsache und die Anforderung einer der Einlassung vorgängigen Nachweisung des ersteren rechtfertigen. Ergeben sich nämlich aus den Erklärungen der Parteien und den bereits gemachten Vorlagen positive Zweifel darüber, ob die Sachlegitimation vorhanden sei, oder läßt sich eine leichte, schleunige Erledigung des bestrittenen Legitimationspunktes erwarten, während die weitere Verhandlung und die Beweisführung in der Hauptsache als sehr weit aussehend und verwickelt erscheint; so mag der Richter, von der Regel abweichend, dem obenerwähnten Einwande des Beklagten stattgeben, oder auch, im Interesse zweckmäßiger Prozeßleitung, von Amtswegen die vorgängige Erledigung des Punktes der Sachlegitimation verfügen. — Eben so stellt sich, wenn die Sachlegitimation erst im Laufe des Prozesses, durch eine Principalintervention oder Litisreassumtion in Frage kömmt, die sofortige gesonderte Erledigung dieses Zwischenpunktes, unter Aussetzung der Hauptsache, als zweckmäßig dar [15a]).

Ueberall aber, wo nicht besondere Umstände des einzelnen Falles die Ausnahme empfehlen, muß es bei der Regel, der Aufrechthaltung der Eventualmaxime [16]), bleiben.

Bisweilen kann

d) die Beanstandung der Sachlegitimation von Seite des Beklagten auch ganz die Natur einer peremtorischen Einrede haben, z. B. wenn angeführt wird, der Cessionsvertrag, auf welchen der Kläger seinen Eintritt in das Forderungsverhältniß gründet, sei simulirt gewesen,

15a) Bayer a. a. O. S. 67.

16) Kommentar Bd. I S. 399. Bl. f. Rechtsanw. Bd. III S. 80 Bd. IV S. 70.

oder durch eine spätere Verabredung wieder rückgängig geworden [17]. —

Die nach der bisherigen Erörterung zur Begründung der Klage nothwendigen Thatsachen sind in der Geschichtserzählung rein, deutlich und kurz vorzutragen.

Rein ist der Vortrag, wenn man sich nur deutscher Worte bedient, so lange und so weit diese ausreichen, den vorzutragenden Stoff ohne Umschreibungen in sie einzukleiden, und insoferne es nicht zu dem Zwecke des Vortrages gehört, die Worte einer fremden Sprache beizubehalten [18].

Deutlich, klar ist der Vortrag, wenn dessen einzelne Gegenstände und deren Begriffe mit den in der üblichen Sprache ihnen eigenthümlichen Worten dergestalt bezeichnet sind, daß diese Worte nicht nur einzeln, sondern auch in den durch sie gebildeten Sätzen, im Zusammenhang einen einzigen, sofort ohne Auslegung aufzufassenden Sinn in sich enthalten. Der zu vermeidende Gegensaz der Deutlichkeit ist also Dunkelheit, welche auch eine Folge der Zweideutigkeit, Mehrdeutigkeit oder Vieldeutigkeit ist. Auch Verworrenheit veranlaßt Dunkelheit, und Unsinn ist die höchste Stufe [19].

Wenn der Gegenstand solche Kunstgegenstände betrifft, deren Begriffe einer anderen Kunst oder Wissenschaft angehören, als der Gesezkenntniß, so gehört es zur Deutlichkeit, die vorkommenden Kunstgegenstände vermittelst einer

17) Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV S. 72.

18) Gensler Anleitung zur gerichtlichen Praxis in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Heidelberg 1821 S. 118. — Vgl. Bl. f. RA. Bd. XIII S. 1 f.

19) Gensler a. a. O. S 120, dessen treffende Bemerkungen hier wörtlich wiedergegeben sind.

Begriffsbestimmung oder durch deren Umschreibung, welche entweder nur an die Stelle des Kunstwortes tritt, oder dieses erklärend begleitet, dem Verständnisse des Richters zugänglich zu machen [20]), wozu oft auch die Versinnlichung durch beizugebende Zeichnungen gehört.

Nicht minder gehört es mit zur Deutlichkeit, daß die Thatsachen assertorisch, nicht problematisch, hingestellt werden; da nur auf assertorische Behauptungen von Thatsachen ein Recht gegründet werden kann, und blose Wahrscheinlichkeit hiezu nicht genügt [20a]).

Kürze mit Vollständigkeit zeigt sich dann in dem Vortrage, wenn grammatische und logische Vollkommenheit in einer verbundenen Reihe von solchen Worten und Sätzen sich befindet, die deren bezweckten Sinn bündig aussprechen, ohne daß ein Wort, und mit diesem ein zum Zwecke des Vortrags gehöriger Gedanke, ermangelt, dabei aber auch kein Wort und kein Satz hinzugefügt ist, dessen Sinn oder Inhalt zu dem Zweck des Vortrags nichts beiträgt.

Die Geschichtserzählung der Klage insbesondere hat alsdann die Eigenschaft einer kurzen Vollständigkeit, wenn alle Thatsachen, die zu ihrer Begründung nothwendig sind, aber auch nur diese Thatsachen, grammatisch und logisch vollkommen vorgetragen werden.

Eine solche Kürze ist die erste Pflicht und Tugend des Juristen, und ihre reine Anwendung gibt den höchsten Beweis, daß der Vortragende wirklich als Rechtsgelehrter handelt [21]).

20) Gensler a. a. O. S. 122.

20a) Was die Nachweisung behaupteter Thatsachen betrifft, genügt allerdings unter Umständen Wahrscheinlichkeit. Vgl. z. B. oben S. 40.

21) Gensler a. a. O. S. 129.

Zu erwähnen ist hier noch, daß die Bezugnahme auf die in einem anderen Prozesse ergangenen Vorakten in der Klage gemeinhin der Anführung derjenigen Thatsachen nicht enthebt, auf welche das klagbar verfolgte Recht gestützt wird [21a].

III. Es soll nach Beschaffenheit jeder Klage der Grund, worauf dieselbe hauptsächlich beruht: die causa petendi und das medium concludendi, d. h. der Rechtsgrund, auf welchem der klagbar verfolgte Anspruch beruht, angeführt werden. D. h. es muß aus der Klagschrift erhellen, welche Art von Recht der Kläger in Anspruch nimmt, ob ein dingliches oder Forderungsrecht, ob Eigenthum oder Servitut, ob Vertragsrecht oder Forderung ex delicto, ob eine Forderung aus einem Darleihn oder aus einem Depositum u. s. w. [21b]. Bezeichnung des geltend gemachten Rechtes mit dem technischen Namen ist nicht erforderlich; über die Folgen einer unrichtigen Bezeichnung s. unten §. 8. Die gemeinrechtliche Kontroverse, ob auch bei Anstellung einer actio in rem die Klagschrift den Erwerbsgrund des Rechts (causa remota sive specialis) angeben

21a) Vgl. Bl. f. RA. Bd. I S. 222, Bd. V S. 271, Bd. VII S. 112. In Fällen, wo über die Bedeutung der fraglichen Bezugnahme kein Zweifel obwalten kann, mag allerdings dem bezeichneten Mangel kein Gewicht beigelegt werden. Ebd. Bd. XVII S. 291.

21b) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. II S. 413: „Die Klage aus einer Schuldforderung ist schon dann als begründet anzusehen, wenn der Kläger sich auf ein ausdrückliches Anerkenntniß derselben und ein Zahlungsversprechen von Seite des Beklagten bezogen hat, ohne jedoch speciell ausgeführt zu haben, auf welche Art die Schuldforderung entstanden sei." — S. auch oben S. 173 Note 1c.

müsse [21c]), ist von Kreittmayr in den Anmerk. zu d. St. lit. c. verneinend entschieden. Dabei ist bemerkt, daß die Gesetzesworte „nach Beschaffenheit jeder Klage" diese Verschiedenheit der dinglichen von den persönlichen Klagen auszudrücken bestimmt seien [21d]). — Hat der Kläger in der Klagschrift einen Erwerbsgrund des dinglichen Rechtes angegeben, so ist sich auch in der Verhandlung und bei Fassung des Interlokutes auf diesen zu beschränken [21e]).

IV. Das Gesuch (Petitum) muß so eingerichtet werden, daß es sich nicht nur auf die Geschichte und den Grund der Klage wohl schickt, sondern auch was, wie viel, und von welcher Gattung die eingeklagte Sache sei, genugsam daraus ermessen werden kann.

Demnach ist

1) das Gesuch immer auf die Verurtheilung des Beklagten zu richten, und es genügt nicht, wenn dasselbe nur auf die Vorladung und Verantwortung des Beklagten geht. Neben dem unerläßlichen Hauptgesuch ist ein

21c) Vgl. Brackenhöft a. a O. S. 258. Seuffert's Archiv Bd. I S. 400, Bd. II S. 414, Bd. VI S. 371.

21d) Ueber die Anerkennung der Entscheidung Kreittmayr's in der Praxis s. Bl. f. RA. Bd. VII S. 107 (wo ein OAGE. mitgetheilt ist, welches sie auch auf possessorische Klagen bezieht) und Bd. XII S. 345. — Vgl. Bolgiano vergleich. Darstellung S. 23, welcher dafürhält, es sei auf die Ansicht Kreittmayr's kein Gewicht zu legen, und demnach die bejahende Entscheidung der gemeinrechtlichen Kontroverse auch für das bayer. Recht zu adoptiren. S. auch Gett prakt. Erört. S. 179. — Ueber die Nothwendigkeit, die causa remota anzugeben, wenn auf Grund eines Eigenthumsanspruchs in der Exekutionsinstanz intervenirt wird — vgl. Bl. f. RA. Bd. XII S. 284.

21e) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. I S. 402.

besonderes Prozeßgesuch nur da erforderlich, wo die Einleitung einer außerordentlichen Verfahrungsart bezielt werden will, in welchem Falle das Gesuch Erlassung derjenigen Verfügung beantragt, welche der Natur der gewählten Prozeßart entspricht. Eben so ist um Einleitung des schriftlichen Verfahrens besonders zu bitten, soferne es sich nicht von einem bei einem Obergerichte anhängig gemachten Prozesse handelt.

2) Das Objekt, welches begehrt wird, muß seiner Quantität und Qualität nach genau bestimmt sein. In Fällen jedoch, wo der Kläger den Gegenstand seines Anspruches selbst noch nicht genau anzugeben vermag, ist die nähere Bezeichnung nachgelassen, z. B. bei der hereditatis petitio und anderen Generalklagen, eben so da, wo es sich um Erstattung verursachter Schäden und Kosten handelt, wo das Quantum sich erst in Folge einer bei Vollstreckung des Erkenntnisses zu pflegenden Liquidation herausstellt [22].

3) Das Petitum soll nicht alternativ gestellt werden, soferne nicht die Verbindlichkeit selbst eine alternative ist, und dem Beklagten dabei das Wahlrecht zusteht. Wenn aber auch eine alternative Klagbitte in einem Falle gestellt ist, in welchem sich nur eine der beiden Bitten nach dem

22) Sind Schäden und Kosten nicht als Nebensachen in Frage, sondern unmittelbar und Hauptgegenstand eines Klag- oder einredweise geltend gemachten Anspruchs, so paßt das Obige nicht. — Ueber die Nothwendigkeit, den durch Unvollständigkeit oder Mangelhaftigkeit einer empfangenen Leistung angeblich zugehenden Nachtheil speciell darzulegen, wenn darauf eine Erfüllungsweigerung oder ein Anspruch auf Schadloshaltung oder Gegenleistungsminderung begründet werden will vgl. Bl. f. RA. Bd. XVII S. 237.

Inhalte der Klagschrift rechtfertigt, so wird dies nicht als ein wesentlicher Mangel der Klage angesehen [23]).

V. Es soll nicht mehr, als was der Grund der Klage ausweist, begehrt und jede geflissentliche Zuvielforderung mit Verwerfung der Klagschrift, Aufbürdung der Kosten und anderer willkürlicher Strafe geahndet werden.

Nur für den Fall der geflissentlichen, d. h. wider besseres Wissen des Klägers gemachten Zuvielforderung sind diese Nachtheile gedroht. Da nun diese Wissentlichkeit höchst selten offen zu Tage liegen wird, so hat die Zuvielforderung gemeinhin keine andere Folge, als daß nur von dem, was zuviel gefordert wurde, abstrahirt, und nicht mehr als das Gebührende zuerkannt wird [24]). Wird die Klage vor der Verfallzeit der eingeklagten Forderung angestellt, so wird sie zur Zeit abgewiesen; jedoch auch hier nur dann, wenn der Zeitraum, um welchen die Klage zu früh erhoben wurde, zur Zeit der Erlassung des richterlichen Ausspruches noch nicht verstrichen ist [25]).

Uebrigens bezieht sich die Drohung der Gerichtsordn. nur auf den Fall, wo die Pluspetition aus der Klage selbst erhellet, und das Petitum aus der Geschichtserzählung nicht konkludent hervorgeht. Wenn aber der Kläger, erst durch die Einreden des Beklagten veranlaßt, Zugeständnisse macht, wodurch nicht sowohl der Grund der Klage geändert, deren Syllogismus nicht gestört, sondern nur die Höhe der Forderung modificirt wird, paßt eine

23) Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 32.

24) Bayer ed. VII S. 307.

25) Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 413. Bd. IV S. 80; Bd. XI S. 341. Seuffert's Archiv Bd. II S. 316; Bd. III S. 226. — Vgl. übrigens unten zu §. 17 Note 3a.

Verwerfung um so weniger, als hiedurch unnöthiger Weise ein neuer Prozeß herbeigeführt würde [26].

Eben so ist der Fall der Pluspetition nicht gegeben, wenn Leistungen eingeklagt werden, für deren Betrag kein bestimmter gesetzlicher Maßstab besteht, sondern deren Festsetzung vom richterlichen Ermessen abhängt, wie z. B. bei Kindesalimenten und Abfindung wegen außerehelicher Schwängerung. Werden dergleichen Beträge nicht in der eingeklagten, sondern in geminderter Quantität richterlich festgesetzt, so gibt diese Moderation an sich nicht einmal Veranlassung zur Kostenkompensation [27].

VI. Auf die Nebensachen, welche, wie Kosten, Schäden, Zinsen und Früchte, als Accessorien der Klage erscheinen, braucht das Gesuch nicht gerichtet zu sein, sondern diese hat der Richter von Amtswegen zuzuerkennen. Ist für diese Accessionen aber ein eigener Klagegrund vorhanden, so verlieren sie obige Eigenschaft, z. B. wenn Zinsen versprochen oder reservirt wurden [28]. Ueber die Anwendung dieses Grundsazes in der Berufungsinstanz s. Komment. zu Kap. XV §. 9 Abth. I, 2) lit. c.

§. 8.

Von Benennung der Klagen [1].

Es genügt, wenn nur die Klage die in dem vorhergehenden §. erörterten inneren Erfordernisse an sich trägt; den eigentlichen, technischen Namen der Klage anzugeben,

26) Bl. f. Rechtsanw. Bd. II S. 179.
27) Ebd. S. 332.
28) Mevius I dec. 219.
1) Röder Abhandl. über prakt. Fragen des Civilrechtes. Gießen 1833 Nr. VI.

ist nicht nothwendig; da der Richter aus der Geschichtserzählung und dem Gesuche zu bemessen hat, welche Klage angestellt, welches Rechtsverhältniß in Frage und Gegenstand der richterlichen Entscheidung ist. Sind mehrere Klagen zuläßig, so hat der Richter jene als angestellt anzunehmen, welche dem Petitum am meisten entspricht, und den Kläger am nüzlichsten ist.

Wenn die Partei selbst die Klage ungeeignet benannt, das in Frage stehende Rechtsverhältniß unrichtig bezeichnet haben sollte, so ist der Richter durch diese ungeeignete Benennung der Klage, durch diese unrichtige Bezeichnung des Rechtsverhältnisses nicht gehindert, das der Geschichtserzählung, vielmehr den darin vorgetragenen Thatsachen entsprechende Rechtsverhältniß als Klagegrund anzunehmen und diejenige Klage zu substituiren, welche diesem und dem Petitum gemäß ist [2]).

An dem Streitgegenstand selbst und an dem Petitum in der Hauptsache kann der Richter nichts ändern; jedoch ist in dem Antrag auf Zuerkennung des mehreren die eventuelle Bitte um Zuerkennung des Minderen stillschweigend enthalten [3]).

2) Kommentar Bd. I S. 312 z. B. statt der irrig genannten condictio indebiti die cond. sine causa bei Zahlung übermäßiger Zinsen.

3) Vgl. über das Nähere Kommentar Bd. I S. 390 f. Dagegen würde es der Regel nach eine unbefugte Offizialthätigkeit des Richters sein, wenn er, im Falle der Kläger, gestützt auf solche in der Klage vorgetragene Thatsachen, die ihn nach den Gesetzen zur elektiven Vorbringung verschiedener Klagen berechtigten, die eine dieser Klagen wählt und ihr gemäß sein Gesuch stellt, dennoch so erkennen wollte, als wäre die andere Klage angestellt. Röder a. a. O. S. 134. Ausnahmsweise kann der Richter, obgleich die Min-

Ist die Klageschrift so beschaffen, daß man daraus weder den eigentlichen Streitgegenstand, noch das, was der Kläger eigentlich in Anspruch nimmt, z. B. ob Eigenthum oder Besiz, klar erkennen kann, so ist die Klage angebrachtermaßen abzuweisen, eben so[4]) wenn die von dem Kläger in der Geschichtserzählung vorgetragenen Thatsachen gar keine Klage zu begründen vermögen, oder wenn das Petitum so ungeeignet ist, daß gar keine Klage darauf paßt.

§. 9.

Von Cumulirung der Klagen[1]).

(Lehre von der Streitgenossenschaft)[2]).

Unter Klagenhäufung (cumulatio actionum) versteht man die Verbindung mehrerer Klagen in demsel-

derungsklage (actio quanti minoris) gewählt ist, auf Redhibition erkennen, wenn die Sache wegen des Mangels für den Erwerber allen Werth verliert. Fr. 43 §. 6 de aedil. edict. (22, 1); fr. 25 §. 1 de exc. rei jud. (44, 2). — (Ueber das in Bd. I S. 390 Note 33 Gesagte vgl. die entgegenstehende Ansicht in Seuffert's Archiv Bd. II S. 435, welcher sich aber deßwegen nicht beipflichten läßt, weil dem auf Zahlung Belangten keine Veranlassung gegeben war, sich aus dem Standpunkte der besonderen Voraussetzungen oder Verpflichtungen zur Deposition zu äußern.)

4) Nach der Natur der Sache wäre hier Grund zur definitiven Abweisung vorhanden. Vgl. aber GO. IV §. 8 a. E. und die Anmerk. dazu.

1) Müller in der Zeitschr. f. Civilr. und Proz. Bd. I S. 308 Linde ebd. S. 316.

2) Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 185, 193, 201. Martin in seinem und Walch's Magazin H. 1 S. 14 ff. Bayer

ben Libelle. Sie ist eine objektive, wenn mehrere Klagen von demselben Kläger gegen denselben Beklagten in einer Klageschrift vorgebracht werden, eine subjektive, wenn mehrere Kläger gegen einen Beklagten oder umgekehrt ein Kläger gegen mehrere Beklagte oder endlich mehrere Kläger gegen mehrere Beklagte auftreten.

In Bezug auf die objektive Klagenhäufung unterscheidet die Gerichtsordnung mit dem gemeinen Recht

1) den Fall, wo dem Kläger aus verschiedenen Rechtstiteln verschiedene Klagen,

2) den Fall, wo dem Kläger aus einer und derselben Quelle verschiedene Klagen gegen den Beklagten zustehen.

Sie schließt im Falle ad 1) die Cumulation der Klagen nur dann aus, wenn letztere unterschiedliche, nicht mit einander zu verhandelnde, Sachen betreffen, und im Falle ad 2) wenn die mehreren Klagen einander widersprechen, oder so beschaffen sind, daß die eine durch die Erwählung der anderen ausgeschlossen wird. Zwei Klagen, welche im Präjudicialverhältnisse zu einander stehen, kann man miteinander verbinden; indessen steht es in diesem Falle dem Beklagten frei, zu verlangen, daß über die bedingende Vorklage zuerst verhandelt und entschieden werden soll [3]).

Vorträge ed. VIII §. 37 f. Gesterding Ausbeute von Nachforschungen Bd. II S. 371 ff. Sintenis Erläuterungen über verschiedene Lehren des Civilprozesses Bd. I S. 76 ff. Plank Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 105 f.; S. 385 f.

3) Anmerk. zur Gerichtsordn. a. d. St. lit. f. z. B. wenn auf eheliche Vaterschaft und Alimente geklagt wird. Bei der außerehelichen Vaterschaft, welche nicht als status sondern

Die Gerichtsordn. verordnet daher nicht, daß die Klagenhäufung überhaupt nur dann zulässig sei, wenn die zu cumulirenden Klagen einerlei Ursprung haben, vielmehr erklärt sie solche, wenn die Klagen verschiedenen Ursprungs sind, in Uebereinstimmung mit der älteren Gesetzgebung — dem summarischen Prozesse v. J. 1616 Tit. I Art. 9 und mit dem gemeinen Rechte — so wie nach den in den Anmerk. z. d. St. lit. b und c aufgeführten Beispielen nur dann für unzulässig, wenn die mehreren Klagen nicht mit einander verhandelt werden können. Welche Sachen nicht mit einander verhandelt werden können, ist in der Gerichtsordn. nicht bestimmt, es ist daher auf den gemeinen Prozeß zu rekurriren. Nach diesem ist aber die Verbindung solcher Klagen unzulässig, welche nicht von demselben Richter oder nicht in derselben Prozeßart verhandelt werden können, oder rücksichtlich derer mit Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, daß durch die simultane Verhandlung der gemeinschaftlich eingeführten Klagen Unordnung in dem Prozeßgange entstehen würde [4]).

Die Zulässigkeit der subjektiven Klagenhäufung ist

bezüglich der Alimentenforderung nur als factum oblig. erscheint, findet eine solche Trennung nicht statt.

4) Bayer Vorträge Ausg. VIII §. 38. Seuffert's Archiv Bd. I S. 284; Volgiano a. a. O. S. 12; Bl. f. RA. Bd. IX S. 332. Zu den Fällen, wo unterschiedliche Gegenstände mit einander verhandelt werden können, gehören insbesondere Rechnungssachen, wo man, wie sich v. Kreittmayr in den Anmerk. z. d. St. lit. b ausdrückt, puncta diversissima in ein Libell zusammenbringt, und solche auch wieder in einer Schrift beantwortet. — Ueber Zulässigkeit objektiver alternativer Klagenhäufung vgl. Archiv für prakt. Rechtsw. von Schäffer, Seitz u. Hoffmann Bd. I S. 32.

in der Gerichtsordn., in Uebereinstimmung mit der im gemeinen Rechte vorherrschenden Meinung, ausschließlich an die Bedingung der Streitgenossenschaft geknüpft. Ueber Streitgenossen (litisconsortes) enthält die Gerichtsordn. selbst keine Begriffsbestimmung, wohl aber sagen die Anmerk. zu Kap. VII §. 2 Nr. 9 lit. g, „daß hierunter diejenigen zu verstehen seien, welche die nämliche causam und das nämliche jus agendi vel defendendi haben" [5]).

Demzufolge ist

1) die Verbindung mehrerer Personen zur aktiven Streitgenossenschaft (als Kläger) zulässig [5a])

5) Vgl. GO. XV §. 11 Nr. 10: „ein obsiegliches Appellations-Erkenntniß soll sowohl dem Appellanten, als allen übrigen nicht appellirenden litis Consorten soweit zu Gute kommen, als sie entweder causam individuam oder wenigstens communem haben". Hieraus läßt sich folgern, daß es im Sinne unserer Gesetzgebung auch noch Fälle der Streitgenossenschaft außer denen einer causa individua oder doch communis gebe. — Von der Streitgenossenschaft muß der Fall wohl unterschieden werden, wo eine Gemeinde oder Korporation als solche einen Rechtsstreit führt. Hier kommen die einzelnen Glieder der Gemeinde nicht als Mehrere, sondern als Gesammtheit in Betracht. Besondere Grundsätze gelten, „wenn die Sache so beschaffen ist, daß sie nicht das corpus collective sumtum, sondern singulos de corpore, und jeden besonders betrifft." Anmerk. zu Gerichtsordn. Kap. VII §. 5 lit. e. Vgl. hierüber Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV S. 1 ff. und oben Kap. III §. 6 Nr. 3 lit. a.

5a) Vgl. Bl. f. RA. Bd. IX S. 332, Bd. XVI S. 75, Bd. XIX S. 319. Seuffert's Archiv Bd. I S. 126, 403; Bd III S. 137; Bd. V S. 72. — Ueber etwaigen Antrag eines Klägers, andere Berechtigte, welche bisher noch nicht aufgetreten sind, zum Mitklagen gerichtlich aufzufordern, s. unten

1) wenn zwischen ihnen in Ansehung des Prozeßgegenstandes Rechtsgemeinschaft stattfindet, d. h. wenn sie zusammen, gleichviel ob in solidum oder pro rata, das Subjekt des geltend gemachten Rechtes zu sein behaupten. Die aktive Streitgenossenschaft kann aber auch Platz greifen, wenn

2) jedem der Mitkläger ein besonderes (individuelles) Recht zusteht, soferne nur die mehreren Ansprüche auf demselben historischen und rechtlichen Fundamente beruhen, so daß zwar nicht Gemeinschaft des Klagerechts (communio juris), wohl aber eine gemeinschaftliche Rechtssache (causa communis), Einheit des Klagegrunds (idem fundamentum agendi), formelle Einheit der Rechtsverhältnisse, Einheit des nächsten Endzweckes vorhanden ist [6]).

Komment. zu Kap. VIII §. 4 lit. D. — Ueber den Vollmachtspunkt bei Streitgenossenschaften s. Komment. zu Kap. VII §. 2 Abth. III.

6) Vgl. GO. XV §. 11 Nr. 10. Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 185, woselbst als Beispiele angeführt sind: wenn dieselbe mündliche, schriftliche oder symbolische Injurie gegen mehrere Personen zusammen gerichtet ist; wenn bei einem Rechtsstreite über Grundgerechtigkeiten, über guts- und grundherrliche Verhältnisse das Klagerecht sämmtlicher gleichmäßig Betheiligten auf demselben Orts- oder Bezirksherkommen fußt; wenn in dergleichen Rechtsstreiten die Grundgerechtigkeiten auf mehrere, verschiedenen Personen zugehörige Grundstücke in ihrer Eigenschaft als Bestandtheile einer Markung in Anspruch genommen sind; wenn das Klagerecht eines jeden der mehreren Mitkläger sich auf dasselbe Privilegium d. h. auf denselben Akt des Gesezgebers gründet, durch welchen mehreren Personen oder mehreren Sachen zugleich dieselbe Begünstigung, dasselbe Vorrecht eingeräumt wurde. Vgl. die Allegate der Note 5a.

3) In manchen Fällen ist weder Gemeinschaft der Rechte, noch Einheit des Klagegrundes, noch Einheit des Hauptzweckes, sondern nur ein solcher Zusammenhang der mehreren Ansprüche vorhanden, aus welchem sich eine Einheit des Streitpunktes ergeben kann, wodurch die Zulassung der Streitgenossenschaft in Frage kömmt: z. B. wenn der Intestaterbe und der Legatar aus einem Intestatcodizill gegen den Testamentserben klagen wollen; wo in dem Falle, daß der Beklagte sich zu seiner Vertheidigung einzig und allein auf das angefochtene Testament stützt, absolute Einheit des Rechtsstreites gegeben ist, weßhalb unter solchen Umständen ein amtlicher Zwang zur Zersplitterung in zwei Prozesse weder der Natur der Sache entspricht, noch im Sinne der Geseze liegt.

Für Fälle der Art gelten folgende Regeln [7]):

a) wenn unter den mehreren Mitklägern in Bezug auf die Ansprüche eines jeden nach dem Klagvortrage weder Rechtsgemeinschaft noch Einheit des historischen und rechtlichen Fundamentes stattfindet, so hat der Richter zu prüfen, ob die eingeklagten Ansprüche nicht wenigstens in einem solchen inneren, in der Natur der Rechtsverhältnisse und durch das Zusammentreffen des nächsten Endzweckes begründeten Zusammenhange stehen, daß sich erwarten läßt, es werde die Verwirrung, gegen welche das Verbot der subjektiven Klagenhäufung gerichtet ist, vermieden werden [7a]). Ist ein solcher Zusammenhang vor-

7) Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 193, 196.

7a) Vgl. die Allegate der Note 5a. In den mitgetheilten OAGE. ist der Grundsaz ausgeprägt: Wo zufolge der Beziehungen der mehrseitigen Ansprüche zu einander durch die Klagenhäufung keine Verwirrung im Prozesse entstehen kann, vielmehr

handen, so wird die Klage nicht sofort zurückgewiesen, sondern zur Verhandlung mitgetheilt.

Wenn sich nun

b) die Antwort des Beklagten auf Verweigerung der Einlassung, unter Vorschüzung der Einrede der unzulässigen Klagenhäufung, beschränkt, so ist auf Entbindung desselben von der Einlassung auf die Klage, wie sie angebracht worden, nur unter der Voraussezung zu erkennen, daß zugleich glaubhaft gemacht ist, es werde die Zulassung eine bedenkliche Verwicklung des Verfahrens nach sich ziehen; außerdem ist die gedachte Einrede zu verwerfen, und unter Anwendung des §. 28 der Prozeßnovelle von 1837, weiter zu verfahren [8]). Hat aber

c) der Beklagte der fraglichen Einrede eine eventuelle Einlassung beigefügt, und es ist nun, indem weder die besonderen Fundamente der mehreren Ansprüche in Abrede gestellt, noch der innere Zusammenhang bestritten, noch auch den einzelnen Ansprüchen besondere peremtorische Einreden entgegengestellt wurden, die Identität des Rechtsstreites mit voller Bestimmtheit und Klarheit festgestellt; so ist die Einlassung als unbedingt geschehen anzunehmen, und hierauf weiter zu verfügen, was Rechtens; wohingegen, im Falle der Inhalt der Vernehmlassung die Besorgniß einer Verwirrung der Verhandlungen erweckt, so-

ein praktisch angemessenes Ergebniß derselben in Aussicht steht, ist sie für zulässig zu achten. — Von der Verbindung der Klagen der Geschwächten und des Vormunds ihres außerehelichen Kindes s. Bl. f. RA. Bd. XI S. 44.

8) Der hierüber in der ersten Auflage S. 157 geäußerten Ansicht steht das Bedenken entgegen, daß sie zu dem unstatthaften Ergebnisse führt, dem Beklagten freien Spielraum zu chikanöser Prozeßzersplitterung zu eröffnen.

nach die Zusammenverfolgung der mehreren Ansprüche als unangemessen erscheinen läßt, ein die Klage angebrachtermaßen abweisender Bescheid ergeht.

Wenn

d) der Beklagte sich auf die Klage eingelassen hat, ohne die mehrerwähnte dilatorische Einrede entgegenzusezen, so hat der Richter, dem es obliegt, das Verbot der subjektiven Klagenhäufung von Amtswegen zu berücksichtigen, zu prüfen, ob die Einheit des Rechtsstreites, welche erwartet werden konnte, stattfinde oder nicht. Im ersten Falle ist, nachdem die Sache bis zum Schlusse verhandelt worden, das der Lage derselben angemessene Erkenntniß zu erlassen; im zweiten dagegen, wenn die erwartete Einheit sich nicht herausgestellt hat, die Klage angebrachtermaßen abzuweisen.

4) Grund zur Streitgenossenschaft ist da vorhanden, wo sich die rechtlichen Folgen der Entscheidung des Prozesses auch auf andere als die zunächst betheiligten Personen mittelbar oder unmittelbar erstrecken, ohne daß eine Gemeinschaft des Rechtsverhältnisses stattfindet [9]).

II. Ein s. g. passives Litisconsortium hat statt d. h. mehrere Personen können zusammen belangt werden, wenn entweder die Klage gegen sie durch dieselbe oder zusammenhängende Thatsachen

9) Dieses tritt ein in den Fällen des fr. 63 de re jud. (42. 1), womit die Gerichtsordn. Kap. XIV §. 11 „Nr. 4 zweitens" nebst den Anmerk. zu vergleichen ist; also für den Gläubiger bei einem Streit des Schuldners um das Eigenthum der Pfandsache, für den Käufer und Besizer bei einem Streite des Verkäufers um das Eigenthum des verkauften Gutes, für den Ehemann bei einem Prozesse der Ehefrau um das Eigenthum eines Dotalgutes. Vgl. Bolgiano a. a. O. S. 16.

veranlaßt wurde, und gegen alle auf einem und demselben Rechtsgrunde fußt, z. B. auf der Freiheit des Eigenthums gegen mehrere, welche sich zusammen Störungen oder Eingriffe erlaubt haben; oder, wenn doch die mehreren Beklagten sämmtlich Subjekt derselben Verbindlichkeit sind [10]). Im letzteren Falle macht es keinen Unterschied, ob sie alle aus einem und demselben Rechtsgrunde haften, noch weniger ob Identität des historischen Verpflichtungsgrundes vorhanden ist z. B. bei dem ursprünglichen Schuldner und dem als Haupt- und Selbstschuldner eingetretenen Intercedenten.

Daß die mehreren Mitverklagten verschiedene Vertheidigungsmittel haben können, steht ohnehin der Streitgenossenschaft nicht im Wege, eben so wenig der Umstand, daß der eine derselben, vielleicht, um seiner Seits frei zu werden, ein Interesse hat, daß der andere, als allein haftend, verurtheilt werde, oder daß überhaupt unter ihnen darüber, wer für die eingeklagte Schuld hafte, eine Differenz besteht. Denn es kommt nicht auf das Verhältniß an, in welchem sie in Bezug auf den Streitgegenstand zu einander stehen, sondern lediglich auf ihr, den Charakter der Gemeinschaft tragendes, Verhältniß zu dem Prozeßgegner. Ein derartiges Verhältniß findet zwischen dem Principal- und Subsidiarverpflichteten nicht statt; daher können diese auch nicht zusammen verklagt werden. Eben so fehlt es an einem solchen Verhältnisse, wenn bei einer Klage gegen mehrere Beklagte das Eine der mehreren Klagfundamente nur auf die Verpflichtung des Einen der Mitbeklagten gerichtet ist.

Uebrigens muß es sich der Beklagte sowohl gefallen lassen, wenn von mehreren Mitberechtigten nur Einer

10) Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 201. Bd. XVI S. 73 f.

Klage gegen ihn stellt, als wenn die Klage beim Vorhandensein mehrerer Mitverpflichteten nur gegen ihn allein gestellt wird, ohne daß er mittels der s. g. exceptio plurium litis consortium die Verbindlichkeit zur Einlassung auf die Klage ablehnen kann [10a]). Wenn jedoch bei theilbaren Gegenständen ein nur pro rata Berechtigter das Ganze fordert, oder der nur pro rata Verpflichtete auf das Ganze belangt wird, so treten die zu §. 7 angegebenen Folgen der Zuvielforderung ein. Ist die Sache untheilbar, so kann jeder von den mehreren Berechtigten das Ganze fordern [11]).

10a) C. 1 de consort. ejusd. lit. (3, 40). Vgl. die nähere Erört. in Bayer's Vorträgen Ausg. 8 §. 39. — Der Richter darf aus eigenem Antriebe die Vereinigung Mehrerer zur genossenschaftlichen Klagstellung nicht anordnen. „Nur dann (bemerkt Bayer a. a. O. S. 122) dürfte eine Ausnahme zu rechtfertigen sein, wenn entweder gleichzeitig mehrere Personen bei demselben Gerichte abgesonderte Klagen gegen den nämlichen Beklagten anstellen; oder wenn ein Berechtigter (ebenfalls gleichzeitig und bei demselben Gerichte) gegen mehrere Verpflichtete mit abgesonderten Klagen hervortreten sollte, und der Richter von einer formellen Vereinigung dieser einzelnen Klagen mit Grund eine Vereinfachung und Erleichterung des Verfahrens und der Entscheidung hoffen könnte. In Fällen dieser Art würde der Richter keinen Tadel verdienen, wenn er kraft seines Prozeßleitungsamtes die wirkliche Vereinigung anordnet, obgleich von keiner Seite darauf angetragen wäre."

11) Anmerk. zu Kap. VII §. 2 Nr. 9 lit. g. Er muß jedoch die gerichtliche Hinterlegung geschehen lassen oder dem Beklagten Kaution stellen, daß er denselben gegen die übrigen Mitberechtigten, wenn sie Klage erheben sollten, rücksichtlich des ihm nicht zukommenden Antheils vertreten wolle. Fr. 1 §. 36, fr. 14 pr. Depositi (16, 3); fr. 81 §. 1 de solut.

Wenn der Richter auch das Verbot der unzulässigen Klagenhäufung von Amtswegen zu beachten hat, so zieht dennoch die Nichtbeachtung keine Nullität nach sich [12]).

Die Klagenhäufung muß übrigens, wo sie zulässig ist, wie schon ihr Begriff ergibt, mit der Klage geltend gemacht, und kann bei den späteren Verhandlungen nicht nachgeholt werden [13]).

Ueber die Klagenhäufung in dem beschleunigten Verfahren im mündlichen Verhöre ist das Besondere bereits oben zu Kap. III §. 3 Abschn. I angegeben worden [14]).

(46, 3.) Bayer a. a. O. S. 124; Seuffert's Archiv Bd. 3 S. 227.

12) L. B. de Schmid ad proc. summ. Tit. I Art. 9 Nr. 4.

13) L. B. de Schmid l. c. Nr. 5.

14) Daß Klagen, welche sich zum mündlichen Verhöre eignen, im gewöhnlichen Verfahren mit anderen kumulirt werden, kommt in der Praxis häufig vor. §. 1 der Prozeßnovelle steht nicht entgegen; denn wenn die Verbindung mit anderen Sachen die Verhandlung im gewöhnlichen Verfahren nach sich zieht, so kann man nicht sagen, daß einer Vorschrift zuwidergehandelt werde, welche die dem mündlichen Verhöre zugewiesenen Sachen nur für sich betrachtet, und den Fall einer mit anderen Ansprüchen gemeinschaftlichen Verfolgung nicht vor Augen hat. Der Vortheil der fraglichen Verbindung (durch Ersparung besonderer Kosten und Zeitversäumniß) überwiegt den der größeren Beschleunigung, welcher von der Verhandlung einer oder einigen der verbundenen Sachen im mündlichen Verhöre zu erwarten wäre. Vgl. C. 6 de legibus (1, 14): „Quod favore quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum nolumus inventum videri". Zur Unterstützung dieser Ansicht dient auch die Analogie der Bestimmung der GO. III §. 4 Nr. 1, 2, nach welcher das poss. ordinarium bei Grunddienstbarkeiten im Falle der Kumulation mit dem petitorium nicht ausgeschlossen ist. —

§. 10.

Aeußerliche Form der Klagen[1]).

Ueber die Anbringung der Klage im mündlichen Verhör ist bereits oben zu Kap. III §. 3 das Nöthige angeführt worden.

Im gewöhnlichen Verfahren muß die Klage jederzeit schriftlich überreicht oder umständlich zu Protokoll genommen werden [1a]); wird sie schriftlich eingereicht, so ist sie in leserlicher Schrift und doppelt zu übergeben [2]).

Siegelmäßigen Personen ist vergönnt, die Klage verschlossen unter eigener Handunterschrift und Siegel einzureichen. Alle übrigen Klagen werden offen bei Gericht übergeben, und müssen durch einen recipirten öffentlichen Rechtsanwalt mitunterzeichnet sein [3]), welcher zugleich die

Es würde offenbar wider den Mann gehen, einen Kläger, welcher zusammen zwei Forderungen von 1000 resp. 100 fl. einklagt, mit der lezteren angebrachtermaßen ab- und zum mündlichen Verhöre zu verweisen.

1) Vgl. Hellmuth Lauf des Civilproz. (1842) §. 3.

1a) Ges. v. 17. Nov. 1837 §. 17 Nr. 1.

2) Rescr. v. 27. Nov. 1766. Mayr. Gen. Saml. Bd. I S. 38. Rescr. v. 26. Sept. 1807. Regierungsbl. S. 1590. Rescr. v. 6. Febr. 1809. Regierungsbl. S. 285. Rescr. v. 13. Sept. 1809. Ebd. S. 1541. Die Strafe für Nichtbeachtung dieser Vorschrift beträgt 1 fl. 30 kr. In sehr dringenden Fällen, wo Gefahr auf dem Verzuge liegen würde, sind die Duplicate bei der nämlichen Strafe längstens binnen 24 Stunden nachzutragen. Wo mehrere Litiskonsorten verklagt sind, muß für jeden derselben ein Exemplar eingereicht werden.

3) Das Edikt über die Siegelmäßigkeit (Beil. VIII z. Verf. Urk.) §. 14 bezeichnet es als ein Recht der Siegelmäßigen, ihre Prozeßschriften in eigenem Namen zu unterzeichnen, und ohne Mitunterschrift eines Advokaten einzureichen. Nach §. 1

Taxe bei Vermeidung einer Strafe von 1 fl. 30 kr. specifisch beizusezen hat [4]).

Die Klage ist auf ganzem, ungebrochenen Papier [5]) (wo keine besondere Befreiung stattfindet, auf Stempel=

ebd. steht die Siegelmäßigkeit zu dem Adel, den Kollegialräthen und höheren Beamten. Welche Angestellte zu den höheren Beamten gehören, sollte durch eine besondere (bis jezt noch nicht erschienene) Bekanntmachung festgesezt werden. S. jedoch über die ordentlichen Professoren an den Universitäten, die Domkapitulare, die Aebte der Benediktinerstifte — die Allegate in Bd. 1 (II. Aufl.) S. 129 Note 35. — Ueber Siegelmäßigkeit der Wechsel=Appellationsgerichtsräthe — ebd. Note 34, in welcher (Z. 2) statt „Feust" zu lesen „Gett"; eben so (Z. 3) „VIII" statt „XIII". — Ein königl. Rescr. vom 7. Febr. 1829 erklärte für siegelmäßig die höheren Offiziere bis zum Rittmeister und Hauptmann incl. herab, und die Militärbeamten, welche mit den vorgenannten Offizieren gleichen Rang haben. — Die Gattin eines Siegelmäßigen wird für ihre Person der Rechte der Siegelmäßigkeit theilhaftig, und bleibt als Wittwe im Genuß derselben, so lange sie den Wittwenstand nicht verändert. Angef. Edikt §. 15. — Ein königl. Rescr. vom 20. Mai 1811 an das Appellationsgericht des damaligen Mainkreises gestattet dem rechtskundigen und gebildeten Manne höheren Standes, der Regel nach Schriften in seinen eigenen Angelegenheiten selbst zu verfassen. Bl. f. Rechtsanw. Bd. II S. 241. Vgl. die Anerkennung dieser Befugniß durch ein OAGE. — ebd. Bd. XI S. 41. — Daß Advokaten, auch wenn sie nicht siegelmäßig sind, eine Legalisirung ihrer Schriften in eigener Sache nicht bedürfen, versteht sich wohl von selbst.

4) Discipl. Vorschr. v. 23. März 1813 Nr. 5. S. Kommentar Bd. I S. 362.

5) Es ist ein gleiches Papierformat bei den Justizstellen eingeführt. Rescr. des Minist. der Justiz v. 6. Januar 1812 Regierungsbl. S. 195.

papier vgl. Kap. III §. 8 oben) zu schreiben, und von außen mit einer Aufschrift (rubrum) zu versehen, worin das Gericht, bei welchem die Klage eingereicht wird, die Benennung der Schrift, der Name und Stand der Parteien, Streitgegenstand, die Zahl der Exemplare und die Zahl der zu numerirenden und im Kontexte zu allegirenden Beilagen anzugeben ist.

Der Wohnort der Parteien und Anwälte ist bei 3 fl. Strafe anzugeben [6]). Die Bezeichnung der Monate hat in der Art zu geschehen, daß sie mit Buchstaben ausgeschrieben werden [7]).

In ausländischer Sprache abgefaßte Urkunden müssen in Uebersetzungen, durch Sprachverständige gefertigt, eingereicht werden [8]).

§. 11.

Von dem libello simplici et articulato.

Der in dem gegenwärtigen §. vorgetragene Unterschied zwischen dem libellus simplex und libellus articulatus ist zur Antiquität geworden [1]), eben so was darin von der Uebergabe der Beweisartikel mit der Klage gesagt ist, da zufolge der Bestimmung in §. 16 der Prozeßnovelle vom 22. Juli 1819 die Anticipation des Beweises nicht mehr mit der Klage, sondern erst, nach widersprochener Geschichte derselben statt der Replik Plaz greift.

6) Regierungsbl. v. J. 1809 S. 285.

7) Rescr. des Oberappellationsger. v. 7. Dec. 1810. Regierungsbl. S. 1353.

8) Vgl. Komment. zu Kap. IX §. 6 Note 13; Bl. f. RA. Bd. VII S. 125; Seuffert's Archiv Bd. VII S. 295.

1) Vgl. Kap. III §. 1 Nr. 1 oben.

§. 12.

Anführung des Beweises in der Klage, wie auch von Allegationen und Responsis juris.

Der Zweifel, ob durch die im vorigen §. angeführte Bestimmung des §. 16 der Prozeßnovelle vom 22. Juli 1819 über die Beweisanticipation nicht die Vorschrift im Eingang des vorliegenden §. der Gerichtsordnung aufgehoben sei, ist in §. 50 des Gesezes vom 17. Nov. 1837 dahin gelöst, daß die Gerichtsordnung in dem vorwürfigen §. noch fortwährend anwendbar sei. Demgemäß hat der Kläger, wenn die Geschichte der Klage auf schriftlichen Urkunden beruht, dergestalt, daß der ganze Streit ohne anderen Beweis dadurch gehoben werden kann [1]), diese Urkunden sogleich mit der Klage zu übergeben, und er kann

1) Vgl. ein OAGE. in den Bl. f. RA. Bd. XIII S. 46: „Beilegung von Urkunden ist nur dann nothwendig, wenn sich der Kläger selbst auf Dokumente bezieht, wodurch der Streit ohne allen anderen Beweis gehoben werden kann." Liegt diese leztere Voraussezung nicht vor, der Beklagte behauptet aber, daß sich aus den vom Kläger zwar in Bezug genommenen aber nicht beigelegten Urkunden die sofortige Abweisung der Klage rechtfertigen lasse, so ist es seine Sache, dieselben beizubringen. S. auch Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 159. Unter dem eigenen Beziehen des Klägers auf Dokumente möchten überhaupt Angaben der Klagschrift zu verstehen sein, aus welchen hervorgeht, daß er Urkunden, zur Entscheidung des ganzen Streitverhältnisses geeignet, besize; indem auch in Fällen, wo keine ausdrückliche Bezugnahme stattgefunden, durch Unterlassung der Urkundenvorlage der Verbindlichkeit zuwider gehandelt sein kann, das Streitverhältniß dem Richter klar und vollständig darzulegen, und das Seinige zur Abkürzung und Vereinfachung des Streites beizutragen.

durch Verwerfung seiner Klage dazu angehalten werden [2]). (Vgl. unten §. 17 Nr. 3).

Die in den beigelegten Urkunden enthaltenen Thatsachen sind als Asserte des Klägers anzusehen [3]). Eine Beweisanticipation liegt darin nicht, und es treten daher auch deren Folgen nicht ein. Die Gerichtsordnung stellt es den Parteien frei, sich in ihren Klage- und anderen Schriften zwar wichtiger Allegationen zu bedienen und Rechtsgutachten beizulegen, doch sollen leztere nur pro informatione gelten und bei ersteren sollen Falschheit, unnöthige Weitläufigkeiten und abgeschmackte Trivialitäten vermieden werden, bei willkürlicher Strafe und Zurückgabe der Schrift. Eine Rechtsausführung ist in der Regel in der Klageschrift nicht am Ort, nur wenn Statuten und Gewohnheitsrechte oder ein zweifelhafter oder bestrittener Rechtssaz in Frage sind, ist eine nähere An- und Ausführung nothwendig und beziehungsweise nüzlich.

§. 13.

De emendatione, mutatione et clausulis libelli [1]).

Verbesserungen (emendationes) der Klageschrift, durch welche, unbeschadet der Identität des Rechtsstreites, nur der mangelhafte Vortrag erläutert

2) Die GO. schreibt nur vor, daß der Kläger zur Uebergabe der Urkunden allenfalls durch Verwerfung des Klaglibells oder sonst angehalten werden soll. Wenn sich sonst ein Mangel an der Klage nicht bezeigt, so erscheint es angemessen, den Kläger vorerst unter Androhung der Verwerfung des Klaglibells zur Vorlage der Urkunden aufzufordern.

3) Weiske C. A. Archiv f. prakt. Rechtskunde Th. I S. 83.

1) Bayer über die Aenderung des Klagelibells Landshut 1819.

oder näher und richtiger bestimmt wird, sind auch nach der Kriegsbefestigung zulässig [1a]). Dies bezieht sich

1) auf solche Umstände der Geschichtserzählung, deren Anführung, ohne das Faktum als unzureichend erscheinen zu lassen, hätte wegbleiben können. Berichtigungen und Erläuterungen an solchen Umständen erfordern keine neue Streiteinlassung in der Hauptsache, und jedenfalls hat der Beklagte in der Duplik hinreichende Gelegenheit, sich darüber zu erklären. Dies gilt insbesondere von Modalitäten in Bezug auf Ort und Zeit, auf Art der Erfüllung, z. B. Münzsorte und sonstige accessorische Merkmale. Wo ausnahmsweise dergleichen Thatumstände auf Grund oder Ungrund der Klage wesentlichen Einfluß haben, liegt eine Aenderung der darauf bezüglichen Angaben außer der Sphäre der bloßen Emendation, z. B. wenn bei einer Klage aus einer außerehelichen Schwängerung die Klagschrift einen nicht zutreffenden Tag des Beischlafes angegeben hätte, und nun nach der Kriegsbefestigung eine zutreffende Zeitbestimmung substituirt werden wollte. — Nach einer Vorschrift des kanonischen Rechtes [2]) ist bei dinglichen Klagen, wenn die Klagschrift (obwohl dies nicht erforderlich) einen speziellen Erwerbsgrund angegeben hatte, nach der Kriegsbefestigung die Substituirung oder Hinzufügung eines anderen unstatthaft [3]). —

1a) Vgl. Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 199.

2) Cap. 3. de sent. et re jud. in VI. (2. 14): etsi actori suam ex supervenienti causa intentionem sufficiat fundavisse, cum egit aliqua causa specialiter non expressa: secus tamen est, si certam et specialem in sua petitione subjunxerit, nisi postmodum intentionem suam ex eadem prorsus (quam prius expressit) tunc etiam competenti causa fundarit.

3) Von Fällen, in welchen Anlaß zur Bewilligung einer Resti-

Als bloße Emendation ist es

2) zu betrachten, wenn die Rechtsausführung berichtigt [3a]), die technische Bezeichnung der Klage verändert wird;

3) wenn Stellen der Klagschrift, welche zu einer unrichtigen Auffassung Anlaß geben können, nachträglich so erläutert werden, daß der Zweifel verschwindet [3b]); was aber nicht so zu verstehen ist, daß eine absolut dunkle, verworrene oder gar sinnlose Klagschrift durch einen der Litiskontestation nachfolgenden fehlerfreien Vortrag aufrecht erhalten werden könne;

4) wenn in Fällen, in welchen eine allgemeine Fassung der Ansprüche in der Klageschrift zulässig, diese nachträglich näher bestimmt werden [3c]);

5) wenn die Berichtigung solche Punkte betrifft, hinsichtlich welcher der Richter die Wahrheit von Amtswegen

tution vorhanden (Bl. f. Rechtsanw. Bd. V S. 334), ist hier nicht die Rede. Vgl. Brackenhöft in der Zeitschr. für Civilr. und Proz. Bd. XI S. 258.

3a) Vgl. OAGE. v. 26. Nov. 1853 (Nr. 1069$^{51}/_{52}$): „der oberste Gerichtshof ging von der Ansicht aus, daß die Aufstellung neuer rechtlicher Gesichtspunkte im Replikfaze, womit ein weiterer Behelf zur Aufrechthaltung eines nach allen seinen wesentlichen Merkmalen in der Klage dargelegten Rechtsaktes dargeboten werden will, sich nicht als unstatthafte Klagänderung betrachten lasse." Bl. f. RA. Bd. XIX S. 281.

3b) Vgl. Bl. f. RA. Bd. XV S. 377.

3c) Z. B. der klagende Erbschaftsprätendent hat sich in der Klage als Sohn des Erblassers bezeichnet, in der Replik aber erläutert, er habe diese Eigenschaft durch Erb- oder Adoptionsvertrag erlangt. Bl. f. RA. Bd. IX S. 190. — Ueber den Fall, wenn eine Thatsache, welche auch zur Begründung einer selbstständigen Klage dienlich gewesen wäre, erst replicando zur Entkräftung einer Einrede vorgetragen wird, s. Seuffert's Archiv Bd. I S. 403.

zu erforschen hat, z. B. den Kompetenzpunkt [4]), oder Nebenleistungen, welche der Richter auch unaufgefordert zuerkennen kann; oder Anträge auf provisorische Maßregeln, welche an keine bestimmte Ordnung des Verfahrens gebunden sind.

Unter den Gesichtspunkt einer nach der Kriegsbefestigung unstatthaften mutatio libelli fällt jede willkürliche Veränderung der Rechtsverfolgung, durch welche die Identität des Rechtsstreites aufgehoben wird; insbesondere

1) in der Person der Parteien, z. B. durch Cession bereits erhobener persönlichen Klagen [4a]), durch nachträgliche Erklärung, daß man die in eigenem Namen erhobene Klage nur als Bevollmächtigter eines Anderen fortzuführen gedenke; oder daß der gegen Mehrere erhobene Anspruch nur gegen Einen oder Einige derselben verfolgt werden solle [5]). — Von den Fällen einer unvermeidlichen Succession durch Erbfälle resp. der oben (Kap. III §. 9) erörterten Reassumtion des Prozesses ist hier nicht die Rede. — Hieher gehören

2) Aenderungen in dem Hauptgegenstande des Rechtsstreites, wenn dieser entweder andere Rechtsverhältnisse betreffen würde, als nach dem Inhalte der Klagschrift, z. B. jezt die Eigenthumsfrage, nachdem die Klage blos die Besizfrage angeregt hatte; jezt ein Depositum, nach dem Inhalt der Klagschrift ein Darleihn [5a]): oder

4) Bl. f. Rechtsanw. Bd. V S. 334 lit. d.

4a) Vgl. indessen oben S. 142 Note 4 a.

5) Bl. f. Rechtsanw. a. a. O. S. 333 lit. b. Es kommt darauf an, ob aus dieser Veränderung eine Benachtheiligung der übrigen Verklagten erwachsen könne. Bl. f. RA. Bd. XVI S. 96 vgl. mit Bd. XIX S. 410.

5a) Wenn jedoch unter Vorlage eines Schuldscheins die Darlehns-

wenn die Veränderung die Sache betrifft, um welche gestritten wird. Auf keinen Fall geht es an, an die Stelle der ursprünglich geforderten Sache eine andere zu sezen, oder jener noch andere beizufügen. Dagegen unterliegt es keinem Bedenken, hinsichtlich eines Theils der geforderten mehreren Sachen die Klage aufzugeben, oder die eingeklagte Summe später zu ermäßigen. Eine Erhöhung des Betrages der in der Klagschrift aufgestellten Forderung ist in der Regel [5b]) als unstatthafte Veränderung zu betrachten und daher nicht darauf einzugehen. Wenn indessen diese nachträgliche Erhöhung sich nur als eine richtigere Berechnung aus den einzelnen Ansäzen der Klagschrift darstellt, oder wenn die der Aenderung nachgefolgten Verhandlungen ergeben, daß die Forderung des Mehrbetrages keinen Anlaß zu einer neuen von dem Inhalte der Vernehmlassung wesentlich abweichenden Vertheidigung enthalte, so läßt es sich rechtfertigen, auch Aenderungen dieser Art als

klage angestellt war, und auf Entgegensezung der Einrede des nicht vorgezählten Geldes angeführt wird, die eingeklagte Schuld sei aus einzelnen Kaufgeschäften entstanden und durch Kreditgeben in eine Darlehensschuld übergegangen, so liegt keine unzulässige Klagänderung vor. Bl. f. RA. Bd. X S. 315. Seuffert's Archiv Bd. V S. 446. — Auch muß man von wirklicher Aenderung des Klagegrundes die Ziehung einer anderen rechtlichen Folgerung aus den klagweise aufgestellten Thatsachen unterscheiden, worin eine unzulässige Klagänderung nicht liegt. Bl. f. RA. Bd. XIX S. 303.

5b) Wenn der Kläger in der Replik den Betrag der eingeklagten Forderung höher angibt, als in der Klagschrift, dabei aber erläutert, der fragliche Mehrbetrag sei als bereits getilgt in der Klage nicht erwähnt worden, so ist der Fall einer unstatthaften Klagänderung nicht gegeben. Bl. f. RA. Bd. X S. 312.

blose Verbesserungen zu behandeln. Ueberhaupt ist dem Richter durch die Vorschrift der Gerichtsordnung die Befugniß nicht entzogen, eine den Streitpunkt in jeder Beziehung gehörig feststellende Verhandlung aufrecht zu erhalten, sollten gleich in dem Mehr oder Minder, oder in anderen Einzelnheiten des Vortrages Klagschrift und Replikſaz, zufolge der in lezteren vorkommenden Berichtigungen, von einander abweichen [5c]). Diese Bemerkung gilt auch

3) von Aenderungen in der Geschichtserzählung. Betrifft die Aenderung einen Thatumstand, welcher für die Begründung der Klage als wesentlich erscheint, so ist mutatio libelli vorhanden [6]). Besteht indessen dieselbe nur in minder bedeutender Berichtigung einer Zahl, (indem z. B. der klagende Käufer die Angabe des Kaufpreises, welchen die Klageschrift auf 3000 fl. angegeben

5c) Vgl. OAGE. v. 19. Nov. 1850 in den Bl. f. RA. Bd. XVI S. 333.: „Eine Vorschrift, daß die Abweisung der Klage in jedem vorkommenden Falle der Klagänderung von Amtswegen zu geschehen habe, besteht nicht. Die Abweisung ist wohl dann gerechtfertigt, wenn die Verhandlungen durch die Klagänderung sich als unvollständig darstellen, und das Sachverhältniß in eine so veränderte Lage versezt wurde, daß die eigentliche Streitfrage getrübt, eine Verwirrung in der Vertheidigung herbeigeführt, und dem Richter eine sichere Basis zur rechtlichen Beurtheilung des Streitverhältnisses entzogen wurde. Allein dieses ist hier nicht der Fall, die Streitfrage liegt einfach und offen vor, die Sache ist genugsam verhandelt, und es kann dem Richter durch die Vorschrift der GO. IV §. 13 die Befugniß nicht entzogen sein, eine den Streitpunkt in jeder Beziehung gehörig feststellende Verhandlung aufrecht zu erhalten."

6) Bl. f. Rechtsanw. Bd. V S. 333.

hatte, in dem Replikſaze, etwa übereinſtimmend mit der Erklärung des Beklagten, auf 3300 fl. ſtellt), oder einer anderen dergleichen Einzelnheit, ſo ſteht es unter obiger Vorausſezung, wenn nämlich die Verweiſung zur anderen Klagſtellung vorausſichtlich nur ganz denſelben Stand der Sache reproduziren würde, in richterlichem Ermeſſen, die fragliche Veränderung als bloſe Emendation gelten zu laſſen. Die Identität des Rechtsſtreites iſt unter ſolchen Umſtänden nicht aufgehoben [6a]), und ohne Noth Wiederholung der vollſtändig gepflogenen Verhandlungen zu veranlaſſen, liegt nicht im Sinne der geſezlichen Vorſchrift [7]). Will der Beklagte darauf beſtehen, daß die Klage wegen einer ſolchen in der Replik vorkommenden mutatio libelli angebrachtermaßen abgewieſen werde, ſo mag er im Duplikſaze zeigen, daß für ihn ein rechtliches [8]) Intereſſe

6a) Auch nicht in dem Falle einer Klage auf akkordmäßige Zahlung für gelieferte Materialien und Arbeiten, wenn der Kläger erſt in der Replik vorbrachte, daß die liquidirten Preiſe jedenfalls auch dem Werthe derſelben angemeſſen oder herkömmlich ſeien. Bl. f. RA. Bd. XVII S. 267. In einem vorgekommenen Falle wurde es nicht für unzuläſſige Klagänderung erachtet, daß ein Kläger, welcher ſeinen Anſpruch in der Klage auf Unvordenklichkeit gegründet hatte, ſpäter dieſelbe durch Nachweis der Erforderniſſe der 30jährigen Verjährung aufrecht zu halten ſuchte. Seuffert's Archiv Bd. III S. 227.

7) Kreittmayr z. d. St. lit. a. verweiſt auf Leyser, Sp. 468 §. 27, welcher äußert: „Quid iniquius, quam in causa ex prioribus actis liquidissima novum libellum novamque litis contestationem decerni?“ —

8) Bl. f. RA. Bd. XVI S. 332. Der bloſe Aufſchub der Verurtheilung begründet ein ſolches nicht; wohl aber die Nachholung verſäumter Vertheidigungsbehelfe.

obwalte, diesen Antrag zu stellen. Ist ein solches Interesse nur einigermaßen wahrscheinlich gemacht, so hat der Richter dem bezeichneten Antrage zu entsprechen.

4) Aenderungen im Gesuche sind nach Dem zu beurtheilen, was über Aenderungen bezüglich des Gegenstandes gesagt wurde [8a]). Unzulässig ist es, auf eine andere Prozeßart überzuspringen. Wenn jedoch bei einer im Exekutivprozesse erhobenen Klage der Kläger in der Verhandlung auf Entscheidung nach den Regeln des ordentlichen Prozesses anträgt, und der Beklagte damit einverstanden ist, so kann auch der Richter auf diesen Antrag eingehen.

Nach der Vorschrift der Gerichtsordnung findet eine Aenderung der Klage in der Hauptsache auch nach der Kriegsbefestigung Statt, wenn

„ein ganz neues Klaglibell übergeben, und der Gentheil für seinen vergeblichen Kostenaufwand entschädigt wird [8b])."

Bringt aber nach dem Civilrechte die Anstellung der einen Klage den Verlust einer anderen alternativ konkurrirenden mit sich [9]), oder lag in der ersten Klage die Aus-

8a) Insbesondere gilt hier auch das in Note 5c Erörterte. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XVI S. 332.

8b) Der Verklagte ist auf die neue Klage vor dem Ersaze der durch die früheren veranlaßten Kosten zu antworten nicht schuldig. Hat er sich gleichwohl eventuell eingelassen, und der Ersatz erfolgt im Laufe des Verfahrens, so wird nicht auf neue Einlassung erkannt, sondern die eventuell geschehene als bereinigt angenommen. OAGE. in Nr. $1027^{15}/_{16}$. — Ueber den Fall, wenn der Kläger nicht im Stande ist, diese Entschädigung zu leisten, vgl. Bl. f. RA. Bd. XIII S. 73.

9) Z. B. die actio de peculio im Verhältnisse zur actio tributoria fr. 9 §. 1 de trib. act. (14, 4.).

übung des Wahlrechtes bezüglich mehrerer alternativ geschuldeten Gegenstände [10]), so kann jene prozessualische Befugniß nicht dazu dienen, das civilrechtlich verlorene Recht wieder geltend zu machen [11]). — Auch kann dieselbe nicht mehr ausgeübt werden, wenn bereits ein rechtskräftiges Interlokut vorliegt [12]).

Am Schlusse des gegenwärtigen §. spricht die Gerichtsordnung noch aus, daß der Richter die Pflichten seines Amtes zu üben verpflichtet ist, ohne daß es dazu einer besonderen Bitte von Seite der Parteien bedarf, weshalb die früher übliche sog. clausula salutaris „desuper implorando nobile officium judicis“ keine besondere Beachtung verdient.

Den anderen Klauseln soll gleichfalls keine weitere Kraft, als ihnen von Rechts- und Gewohnheitswegen zukommt, beigemessen werden.

Die Anmerkungen [13]) erwähnen als wirksam nur der clausula de non consentiendo in judicem nec litem contestando, nisi quatenus tenetur, und die clausula de se non adstringendo ad probanda non necessaria.

In wie weit die erste Klausel die Prorogation der Jurisdiktion hindert, ist bereits oben [14]) erörtert worden; von ihrem Einflusse bezüglich der Litiskontestation wird unten zu Kap. VI §. 1 und 4 die Rede sein. Die zweite Klausel wird ihre Erörterung bei der Lehre von der Beweisantizipation (Kap. IX §. 6) finden.

10) Fr. 112. pr. de V. O. (45, 1.).

11) Bayer Vorträge ed. VII S. 310.

12) Bl. f. Rechtsanw. Bd. III S. 221—3. Vgl. Arends, Sammlung Bd. I S. 75 Nr. 9.

13) ad h. loc. lit. d.

14) Kommentar Bd. I S. 259.

§. 14.

Von Uebergabe, Präsentir-, Einschreib-, dann Retradir- und Reexhibirung der Klage.

Die Klage soll sogleich nach ihrer Uebergabe bei Gericht präsentirt, d. h. der Tag, der Monat und das Jahr der Uebergabe darauf bemerkt, sodann in das Einlaufjournal eingetragen werden.

Ist die Präsentation übersehen worden, und es kommt auf die Zeit der Einreichung etwas an, so muß bis zum Beweise des Gegentheils angenommen worden, der Schriftsaz sei rechtzeitig eingereicht worden [1]).

So lange eine Eingabe noch nicht kommunizirt ist, kann sie auf Verlangen der Partei, wenn sie darin etwas abzuändern für nothwendig findet, zurückgegeben werden; auch hat die Rückgabe von Amtswegen zu erfolgen, wenn sich darin Injurien gegen die andere Partei finden, oder dieselbe allzu weitschichtig ist [2]). Ist dagegen eine Eingabe bereits kommunizirt, so kann deren Rückgabe nicht mehr verlangt werden. Dies bezieht sich jedoch nicht auf vorgelegte Originalurkunden, die nach gemachtem Gebrauche zurückzugeben sind [3]).

Ueber die Ergänzung mangelhaft gewordener oder zu Verlust gegangener Akten wird unten zu Kap. XIV §. 3 gehandelt werden.

1) Gensler im Arch. f. die civ. Prax. Bd. III S. 54. Gesterding ebend. Bd. XIV S. 452. Linde ebend. Bd. XV. S. 89.

2) Anmerk. zu gegenw. §.

3) Vgl. Gerichtsordn. Kap. XI §. 5 Nr. 8 und den Kommentar unten zu dieser Stelle.

§. 15.

Von den übrigen Schriften, mündlichen Vorträgen, Rezessen und Protokollen.

Was in den vorhergehenden §§. zunächst in Beziehung auf die Klage bemerkt wurde, das gilt, wie das zu §. 10 über die äußerliche Form der Klage Vorgetragene, auch für alle übrigen Prozeßvorschriften. — Das mündliche Verfahren im mündlichen Verhöre ist zu Kap. III §. 3 Abschn. I, und das gewöhnlich-protokollarische Verfahren wird in der Einleitung zu Kap. VI charakterisirt. In beiden Arten des Verfahrens geschieht die Fixirung der Verhandlung durch das gerichtliche Protokoll.

Die Eigenschaft gerichtlicher Protokolle beruht außer der amtlichen Qualität der die Gerichtskommission bildenden Personen [1]) auf der Beobachtung derjenigen Vorschriften, welche über deren Aufnahme gegeben sind. Diese finden sich — für Protokolle überhaupt — in den Anmerkungen zur Gerichtsordn. II §. 3 lit. f., durch welche der Sinn des im Texte vorkommenden Ausdruckes „Ordentliches Gerichtsbuch oder Protokoll" dargelegt wird [2]). Dieser Quelle zufolge erfordert ein förmliches und ordentliches Protokoll, daß die vorgenommene Gerichtshandlung

1) so viel möglich und thunlich gleich in continenti

1) Die Zuziehung eines Juden als Aktuars gibt keine Veranlassung, die Nullität von Amtswegen auszusprechen. Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV S. 382.

2) Vgl. Kommentar Bd. I S. 24 Nr. 1. — Vgl. über die Erfordernisse gerichtlicher Protokolle Seuffert's Archiv Bd. III S. 345.

noch bei gesessenem Gerichte niedergeschrieben werde [2a]). Es soll kein Zwischenraum eintreten zwischen der gerichtlichen Handlung und deren Beurkundnng durch das Protokoll, und die Aufnahme desselben im Beisein Derjenigen stattfinden, welche darin als handelnd aufgeführt sind. Wird im einzelnen Falle von dem Erfordernisse der Kontinuität abgewichen, so muß dafür ein besonderer Grund gegeben sein und aktenmäßig gemacht werden, z. B. bei Augenscheinseinnahmen auf freiem Felde, bei Unterbrechungen durch andere unaufschiebliche Geschäfte oder durch den Ablauf der Gerichtszeit. —

Das Protokoll soll

2) die Vorgänge und Erklärungen des gerichtlichen Aktes deutlich, redlich und vollständig darstellen;

3) mit Anmerkung des Ortes, der Zeit und aller gegenwärtig gewesenen Personen.

Wird die Handlung außer dem Gerichtslokale gepflogen, so ist dies hervorzuheben [2b]). Die Angabe der Tageszeit ist nicht erforderlich [3]). Sind sämmtliche gegen=

2a) Wenn etwa (was in Verhandlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit mitunter geschieht) das nach einem dem Richter früher behändigten Aufsaze verfaßte Protokoll schon geschrieben mitgebracht und den Betheiligten zur Genehmigung vorgelesen wurde, so liegt hierin kein Grund, der die ganze Verhandlung nichtig machen könnte. OAGE. vom 12. Januar 1847 in Arends' Samml. Bd. III S. 467.

2b) Die Giltigkeit einer außerhalb des Gerichtslokales vorgenommenen richterlichen Handlung kann um deswillen nicht beanstandet werden, weil etwa im Protokolle kein besonderer Grund für die Abweichung von der in der GO. Kap. I §. 21 ausgesprochenen Regel angegeben ist. OAGE. vom 12. Januar 1847 in Arends' Samml. Bd. III S. 467.

3) Vergl. jedoch Anmerk. zur Gerichtsordn. XIII §. 1 lit. b., wornach die Abnahme des Eides des Vormittags geschehen

wärtige Personen unterzeichnet, so schadet es nicht, daß die übliche Bezeichnung der Gegenwärtigen in margine oder im Eingange des Protokolls unterlassen wurde. Wenn einzelne der Mithandelnden erst später hinzukamen, oder vor dem Schlusse sich entfernten, so muß dies bemerkt werden. — Es ist

4) verordnet, daß das Protokoll von dem Actuario selbst eigenhändig geschrieben oder wenigstens unterschrieben und

5) vor beschlossenem und geendigtem Akte sämmtlichen handelnden Personen vorgelesen werde.

Das Vorlesen durch den Aktuar kann durch Selbstlesen der handelnden Personen ersetzt werden. Das Eine oder Andere muß in Gegenwart der Gerichtskommission (des Kommissärs und Aktuars) geschehen, indem die gerichtliche Beglaubigung hauptsächlich auf diesem Theile des Aktes beruht. Derselbe dient insbesondere dazu, Abweichungen von anderen Regeln, zu welchen etwa besondere Veranlassungen vorhanden waren, z. B. Niederschreiben des Herganges in Abwesenheit der handelnden Personen, oder durch einen Anderen als den Aktuar, unschädlich zu machen [3a]).

Es ist räthlich, aber nicht als wesentlich allgemein

soll, was aber bei Zeugenvernehmungen nicht mehr beachtet wird.

3a) Vgl. OAGE. v. 12. Januar 1847 (Pausch w. Bullemer): „Eine Abweichung von der in den Anm. zur GO. II §. 3 lit. f aufgestellten Regel, wornach das Protokoll im Beisein der als handelnd aufgeführten Personen aufgenommen werden soll, wird unschädlich, wenn das Protokoll vor beschlossenem und geendigtem Akte in Gegenwart der Gerichtskommission und der handelnden Personen vorgelesen wird." Arends' Samml. Bd. III S. 468.

vorgeschrieben, auf geschehenes Vorlesen oder Selbstlesen eine ausdrückliche Genehmigung abzufragen [4]); soferne nur keine Erinnerung gemacht wurde. Eine solche müßte nachträglich beigefügt werden.

Vorlesen oder Selbstlesen sollen vor dem Schlusse des Aktes geschehen; sie gehören daher zu diesem, weßwegen das Protokoll, um vollständig zu sein, davon Meldung thun muß [5]).

Dagegen ist die Eigenschaft eines gerichtlichen Protokolles im Allgemeinen weder von der Unterschrift des Gerichtskommissärs, noch von der Unterzeichnung der handelnden Personen, noch von Beidruckung des Gerichtssiegels abhängig [6]).

4) Vgl. Gerichtsordn. X §. 19 Nr. 6.

5) Gegen Personen, welche das Protokoll unterzeichnet haben, ist ein anderer Beweis der von ihnen geschehenen Genehmigung nicht erforderlich. Vergl. OAGE. vom 12. Januar 1847 in Arends' Samml. Bd. III S. 468. S. auch OAGE. vom 25. Juni 1853 in den Bl. f. RA. Bd. XIX S. 61: „Die ausdrückliche Beurkundung, daß das Protokoll vor dem Schlusse des Aktes ausdrücklich vorgelesen, und dessen Inhalt von der Person, deren Erklärung beurkundet worden, genehmigt worden sei, kann keineswegs in dem Falle als eine wesentliche Bedingung der Giltigkeit und vollen Beweiskraft des Protokolls angesehen werden, wenn dasselbe von der vor Gericht handelnden Person unterzeichnet ist." — Vgl. Seuffert's Archiv Bd. III S. 435.

6) Vgl. hierüber Bl. f. RA. Bd. XV S. 128; Bd. XIX Erg.-Bl. S. 12. — Es handelt sich hier von den Bedingungen der Giltigkeit und Glaubwürdigkeit als gerichtliches Protokoll, nicht von den Merkmalen, an welchen die Aechtheit einer öffentlichen Urkunde erkannt wird. Ist die Aechtheit eines gerichtlichen Protokolls außer Zweifel, so steht der Mangel des Siegels seiner Wirksamkeit nicht im Wege. —

Der Aufzählung der Erfordernisse eines ordentlichen Protokolles fügte Kreittmayr die Bemerkung bei:

„Falls nun eines oder anderes von obigen Requisitis abgeht, so fällt deswegen das ganze Protokoll nicht gleich über den Haufen, sondern der Defect läßt sich allenfalls (!) auf Begehren durch den Eid des Actuarii wiederum ersetzen."

Dieser Beisatz, über dessen Richtigkeit und Einfluß der Verfasser der Anmerkungen nicht ganz im Reinen gewesen zu sein scheint, bezieht sich offenbar nur auf die formellen Bestandtheile des Protokolles. Nach Leyser spec. 71 med. 9 [7]) (auf welchen Kreittmayr verweist) soll der Mangel der Unterschrift des Aktuars unschädlich sein, wenn solche „durch die von ihm (dem Aktuar) bei seiner gerichtlichen Abhörung erfolgte eidliche Bestärkung supplirt worden." Eine gleiche Supplirung ist für zulässig zu achten, wenn es an der Anmerkung des Ortes, der Zeit oder der gegenwärtigen Personen, oder, wo es darauf ankommt (vgl. Note 5), an der Erwähnung des geschehenen Vorlesens mangelt. Dagegen läßt sich der Mangel

Das Protokoll muß ferner frei von solchen Mängeln sein, welche den Schluß auf Unglaubwürdigkeit desselben begründen, wie z. B. Rasuren, Korrekturen, vorausgesetzt nur, daß die letzteren nicht etwa offenbar nur die Verbesserung eines Schreibfehlers zum Gegenstande haben, in welchem Falle die Veränderung unerheblich ist. Vergl. Seuffert's Archiv Bd. III S. 436.

7) Leyser's Meditationen werden durch den praktischen Takt der darin gesammelten Erörterungen und Entscheidungen immer schätzbar bleiben; aber wie es mit der wissenschaftlichen Schärfe seiner Begriffe steht, erhellt z. B. daraus, daß er den Eid des Aktuars, von dem es sich hier handelt, als juramentum suppletorium bezeichnet.

durch nachherige eidliche Vernehmung des Aktuars nicht heben, wenn das Protokoll in der That weder vorgelesen, noch von den Gegenwärtigen selbst gelesen worden, wenn der Inhalt des Protokolls an völliger Undeutlichkeit oder an Unvollständigkeit krankt, oder wenn es an der Gegenwart des Gerichtskommissärs fehlte. — Auch ist die Supplirung des Mangels durch nachherige eidliche Bestärkung von Seite des Aktuars dadurch bedingt, daß die bei Aufnahme des Protokolles als Aktuar fungirende Person diese Stelle auch jetzt noch (zur Zeit der nachherigen Eidesleistung) bekleidet, indem die fragliche Supplirung als nachträgliche Besorgung der früher versäumten Aktuariatsverrichtung erscheint. — Endlich wird es durch den Ausdruck „allenfalls" in richterliches Ermessen gestellt, die Supplirung durch den Eid des Aktuars, im Falle besondere Bedenken bezüglich der Gesetzmäßigkeit und Richtigkeit des Protokolles oder wegen Länge der in Mitte liegenden Zeit obwalten, nicht stattfinden zu lassen.

Den vorbemerkten allgemeinen Erfordernissen eines gerichtlichen Protokolles ist für Handlungen im Civilprozesse durch die Vorschrift der Gerichtsordn. IV §. 15 noch das Weitere beigefügt:

„daß das Protokoll von sämmtlichen Theilen oder ihren Vertretern unterzeichnet werden soll."

Kann ein Betheiligter nicht schreiben, so ist es üblich, ihn mit einem Handzeichen unterfertigen zu lassen und diesem eine beglaubigende Bemerkung des Aktuars beizufügen [7a]). Ist auch dieser Ausweg nicht thunlich, so wird

7a) Ueber den Fall einer unrichtigen Namens-Angabe bei Beglaubigung des Handzeichens s. Bl. f. RA. Bd. XIX S. 61.

ein Dritter als Vertreter des Unkundigen zugezogen, welcher dem Akte des Vorlesens beiwohnt und hierauf statt desselben unterschreibt. Verweigert eine Partei die Unterschrift, so ist dies unter etwaiger Bemerkung des von ihr angegebenen Grundes bei der amtlichen Beglaubigung anzuführen [8]).

Ueber die protokollarischen Erklärungen der streitenden Theile im regelmäßigen Verfahren war in der Einleitung zu Kap. III §. 3 Abschnitt I, über Abfassung der Protokolle im mündlichen Verhöre in dem ebenerwähnten Abschnitte I die Rede.

Von dem Beweise, daß anders gehandelt worden, als in dem Protokolle niedergeschrieben, wird unten zu Kap. XI §. 10 und 11 gesprochen werden [9]).

§. 16.

Wer im Zweifel für den Kläger zu halten.

Wenn Zweifel ist, wer von beiden Theilen für den Kläger oder Beklagten zu halten sei, ein Fall, der besonders bei den judicia duplicia eintritt, so soll Derjenige, welcher zuerst die Sache vor Gericht bringt, als Kläger angenommen werden. Erscheinen beide Theile gleichzeitig, so entscheidet das Loos.

8) Die Weigerung der Unterschrift kann nicht dazu dienen, nachtheilige Erklärungen, z. B. Geständnisse, welche in dem Protokolle niedergeschrieben sind, wirkungslos zu machen.

9) Vgl. über die Anfechtung gerichtlicher Protokolle Seuffert's Archiv Bd. III S. 436 f.

§. 17.

Von offenbar ungegründeten Klagen [1]).

Abweisung der Klage von der Schwelle des Gerichtes soll stattfinden:

„wenn der Ungrund der gestellten Klage gleich aus des Klägers eigner Erzählung erscheint, oder die Sache vorher abgeurtheilt oder gerichtlich verglichen worden ist, und dieses sich aus Vorakten bezeigt.“

Diese Vorschrift findet

1) Anwendung, wenn die Prüfung der Klagschrift das zweifellose Resultat gewährt, daß die vorgetragenen Thatsachen nicht geeignet sind, den erhobenen Anspruch zu begründen, z. B. es wird auf Bezahlung einer Spielschuld, oder aus einem wegen Mangels der Form augenscheinlich nichtigen Testamente geklagt, oder eine Injurienklage wegen der Aeußerung, Kläger habe auf dem Balle schlecht getanzt, erhoben. — Wo irgend ein Zweifel obwaltet, darf die sofortige Abweisung nicht Platz greifen; insbesondere auch nicht, wenn Grund oder Ungrund der Klage von der Beantwortung einer kontroversen Rechtsfrage abhängt; indem in solchem Falle dem Kläger Gelegenheit zu lassen ist, durch eine im Replikfaze vorzutragende Rechtsausführung auf die Ueberzeugung des Richters zu wirken.

2) Auf die Vorakten, welche etwa in derselben Rechtssache erwachsen sind, hat der Richter von Amtswegen Rück-

1) Mittermaier im Arch. für civ. Praxis Bd. V S. 355. Bl. f. Rechtsanw. Bd. V S. 238. Bolgiano, Vergleich. Darstellung S. 30.

sicht zu nehmen [1a]). Soll die neuerliche Klage, als durch Urtheil oder Vergleich bereits abgethan, sofort zurückgewiesen werden [1b]), so muß es völlig ausgemacht sein, daß die Rechtskraft der früheren Entscheidung, resp. der Inhalt des abgeschlossenen Vergleiches, die neuerdings angeregte Streitfrage nicht blos umfasse, sondern auch mit zweifelloser Bestimmtheit erledige; indem in undeutlichen Vorschriften rechtskräftiger Urtheile und gerichtlicher Vergleiche allerdings Stoff zu neuen Prozessen liegen kann [1c]).

3) Erhellt nicht völliger Ungrund der Klage, aber solche Mangelhaftigkeit der Klagschrift, daß sie — wegen Undeutlichkeit, Unvollständigkeit oder Unschlüssigkeit, ohne wesentliche, in die Kategorie der mutatio fallende Umarbeitung, resp. Ergänzung, die Grundlage des Verfahrens

1a) Vgl. Bl. f. RA. Bd. VII S. 111.

1b) Vgl. über die Umstände, unter welchen angenommen werden kann, daß der Ungrund der neuen Klage aus den Vorakten ersichtlich sei — Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 147, 192.

1c) Im Hinblicke auf die Schlußstelle des §en: „bis er nicht ..... wahrscheinlich darthut, daß ihn res judicata vel transacta für seine Person niemals betroffen habe“ bemerkt Volgiano a. a. O., daß es sich hier nur von einer Abweisung in der angebrachten Art, nicht von einer definitiven und unbedingten handle. Indessen muß man es für bedenklich halten, die Urtheilsform „in der angebrachten Art“ in dem Falle zu gebrauchen, wenn die Zurückweisung der Klage auf der Annahme beruht, die Sache sei durch Vergleich oder rechtskräftiges Urtheil definitiv abgethan. Wenn ungeachtet der unbedingten Zurückweisung dem Kläger der Versuch vorbehalten ist, die in Mitte liegende Voraussetzung des Richters als unzutreffend darzulegen, so erscheint dies in Vergleichung der GO. XIV §. 1 a. E. und §. 9 pr. keineswegs als Anomalie. Vgl. Komment. zu den angef. §§. und Bl. f. RA. Bd. VI S. 315. S. auch Plochmann Einl. S. 96.

nicht bilden könnte, so ist dieselbe angebrachtermaßen zurückzuweisen [1d]). Handelt es sich von einer nothwendigen Ergänzung, z. B. in Bezug auf Sachlegitimation, persona standi in judicio, Streitkonsens oder Vorlage einer Urkunde [1e]), welche der Kläger wahrscheinlich alsbald beibringen kann, so wird nicht die Abweisung (in der eben erwähnten Art) verfügt, sondern dem Kläger durch einen s. g. Vorbescheid [2]) aufgegeben, das Fehlende beizubringen [3]). — Vermißt der Richter nur eine nähere Angabe von solcher Art, welche durch eine Verbesserung im Repliksatze nachgetragen werden kann, oder deren Relevanz noch problematisch ist, so steht der Einleitung des Verfahrens kein Hinderniß im Wege.

4) Fordert der Kläger etwas ganz Anderes, als ihm nach den vorgetragenen Thatsachen gebührt, oder Leistung am unrechten Orte, oder vor der Zeit, so ist, so ferne der fragliche Fehler zweifellos vorliegt, gleichfalls Abweisung der Klage, so wie sie angebracht ist, zu verfügen. Im Falle der pluris petitio tempore bedient man sich der Formel: „Die Klage finde zur Zeit nicht Statt." [3a]) — Ueber-

1d) Wo für die Annahme, daß die Klage noch auf bessere Weise begründet werden könne, jeder Anhaltspunkt richterlicher Beurtheilung fehlt, wo nicht blos eine mangelhaft substanziirte, sondern eine in keiner Beziehung fundirte Klage vorliegt, da muß eine definitive Abweisung erfolgen. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XVIII. Erg. Bl. S. 64 mit S. 148 u. 192 der regelmäß. Folge und Bd. VI S. 244 f.

1e) S. oben §. 12 Note 1 u. 2.

2) Dieser hat die Natur eines prozeßleitenden Dekretes, läßt daher selbstständige Berufung nicht zu; wo hingegen eine bedingte Abweisung appellabel ist. S. unten Nr. 6.

3) Dasselbe gilt, wenn nur ein Fehler der äußeren Form zu verbessern ist.

3a) Geht die Klagbitte darauf, daß der Beklagte verurtheilt werde,

zeugt sich der Richter bei Prüfung der Klagschrift, daß sie eine Zuvielforderung dem Betrage nach enthalte, so weist er sie nur in dem Falle zurück, wenn sich der Exzeß als ein „geflissentlicher" darstellt; außerdem steht es in seinem Ermessen, entweder, ohne sich vorerst über die Zuvielforderung auszusprechen, das Verfahren einzuleiten, oder, die Abweisung in Ansehung des Zuvielgeforderten aussprechend, die Mittheilung blos in Ansehung des Restes zu verfügen. Das Erstere empfiehlt sich, wenn die Zuvielforderung minder bedeutend ist, das Letztere bei einem die Hälfte des geforderten Betrages übersteigenden Exzesse. — Gebricht es bei Klagen gegen den Fiskus an der vorgängigen Betretung des Administrativweges, so ist darauf, daß sie zur Zeit nicht stattfinden, zu verfügen.

5) Bei klar vorliegender Inkompetenz des angegangenen Gerichtes wird die Klage „von diesem Gerichte"[4]), bei unzulässiger Klagenhäufung und bei Klagstellung in ungeeigneter Prozeßart in der angebrachten Art (angebrachtermaßen) abgewiesen, so ferne sich nicht im letzteren

zur Verfallzeit (welche noch nicht eingetreten ist) zu bezahlen, so pflegt (wie ein erfahrener Praktiker dem Verf. mittheilte) Zurückweisung der Klage nicht ausgesprochen zu werden; zumal wenn die Verfallzeit nahe bevorsteht. Man sezt hier die Verfügung auf die Klage aus und gibt dem Kläger davon Notiz. Vgl. übrigens Komment. zu Kap. IV §. 7, V. Wenn bei wiederkehrenden Leistungen die Verfallzeit nur in Ansehung einer oder einiger eingetreten ist, so unterliegt es keinem Bedenken, eine auch auf die künftig verfallenden gerichtete Klage zuzulassen. Vgl. Seuffert's Archiv Bd. III S. 317 f.

4) Vgl. Komm. Bd. I S. 262—3 Nr. 5, 8. Nimmt der Richter Unzuständigkeit der Gerichte überhaupt an, so ist Abweisung der Klage (ohne Beisaz) gebräuchlich.

Falle die sofortige Einleitung des Verfahrens in der passenden Prozeßart als zulässig und geeignet darstellt [5]).

6) Das die Klage von der Gerichtsschwelle zurückweisende Dekret kann zwar von dem Gerichte auf rechtzeitige (innerhalb der Berufungsfrist eingereichte) Remonstration des Klägers zurückgenommen oder modifizirt werden [5a]),

5) S. oben Kap. III §. 3 Nr. II lit. C S. 64. Wenn der Kläger selbst eventuell, für den Fall richterlicher gegen Einleitung z. B. des Exekutivprozesses obwaltender Bedenken, um Einleitung des gewöhnlichen Verfahrens gebeten hat, später aber, nachdem der eventuellen Bitte gemäß der Beschluß auf Verhandlung im gewöhnlichen Verfahren ergangen ist, die eingereichte Klage fallen lassen und an deren Stelle eine neue wiederholt auf Einleitung des Exekutivprozesses gerichtete Klage stellen will, so fragt es sich, ob hiegegen nicht aus der früheren eventuellen Bitte die Einrede des Verzichts abgeleitet werden könne? Das OAG. zu Darmstadt hat gegen die Annahme des fraglichen Verzichtes entschieden. Seuffert's Archiv Bd. VIII Nr. 198.

5a) Vgl. Bl. f. RA. Bd. VI S. 315, Bd. VIII S. 31. Obige Ansicht, daß gegen ein die Klage von der Gerichtsschwelle zurückweisendes Dekret nebst dem Rechtsmittel der Berufung auch das der Remonstration statthaft sei, fußt auf der Erwägung, daß aus der in §. 19 Nr. 1 der Nov. v. 1819 und in §. 52 Nr. 1 der Nov. v. 1837 ausgesprochenen Bestätigung der schon zufolge der GO. geltenden Appellabilität dieser Kategorie von Dekreten nicht gefolgert werden könne, es sei nun die Geltung des nach GO. XIV §. 1, 9, 11 zweifellosen Satzes, daß eine ohne Vernehmung des Gegentheils ausgesprochene Klagabweisung durch Remonstration angefochten und vom Unterrichter wieder zurückgenommen werden könne, als weggefallen zu erachten. Indessen darf nicht verhehlt werden, daß Gönner's entgegenstehende Ansicht (Komment. z. Nov. v. 1819 S. 296 f.) in der Praxis häufig Beifall finde. Die

ist aber, wenn eine Aenderung entweder nicht gesucht oder nicht gewährt wird, der Rechtskraft fähig und daher, ohne Unterschied der bedingten oder unbedingten Abweisung, mit Entscheidungsgründen zu versehen. Aus der Vergleichung mit diesen Motiven ist der Umfang der etwaigen Rechtskraft zu bestimmen, so daß, sollten auch die Dispositivworte die Abweisung schlechthin aussprechen, dennoch die Wirksamkeit nur als eine beschränkte aufzufassen ist, wenn die Entscheidungsgründe ergeben, daß die Abweisung nicht wegen erkannten Ungrundes der Klage, sondern nur wegen Mangelhaftigkeit der Klagschrift erfolgte [5b]). Die oben erwähnten Formeln sind nur zweckgemäß üblich [5c]), nicht aber, als Bedingung gewisser Folgen, gesezlich geboten [6]).

fragliche Remonstration ist daher kein sicherer Behelf, folglich deren Verbindung mit eventueller Berufung räthlich.

5b) Ueber Auslegung der Urtheile nach Maßgabe der Entscheidungsgründe vgl. unten Komment. zu Kap. XIV §. 11 Abth. II. S. auch Bl. f. RA. Bd. XI S. 183, Bd. XII S. 139; Seuffert's Archiv Bd. I S. 406, Bd. II S. 316, Bd. III S. 229, Bd. V S. 303.

5c) Von der häufigen mißbräuchlichen Anwendung der Abweisungsformel „in der angebrachten Art" s. auch Bl. f. RA. Bd. VI S. 244 f. Solcher Mißbrauch hat die nachtheilige Folge, daß der Kläger beziehungsweise dessen Anwalt dadurch einen Vorwand und Anhaltspunkt zu grundloser Erneuerung des Prozesses erhält. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 147 mit S. 192 und 64*.

6) Gensler führt in seiner Anleitung zur gerichtlichen Praxis folgende Formeln der Klagabweisung, resp. Entbindung von der Klage, auf: 1) die Klage findet allhier nicht statt; 2) die Klage findet angebrachtermaßen nicht statt; 3) die erhobene Klage findet nicht statt; 4) die Klage findet noch zur Zeit nicht statt; 5) die Klage findet nicht statt; 6) Beklagter ist von der Klage zu entbinden. — Er macht

über deren Gebrauch unter anderen nachstehende Bemerkungen: „Jede dieser sechs Spruchformeln hat ihr eignes theoretisches Gebiet. Der ersten bedient sich der angerufene inkompetente Richter. — Die zweite Formel (vgl. Bl. f. RA. Bd. VI S. 244) hat ein weites Gebiet, bezieht sich auf solche Unvollkommenheiten des Vortrages der Klage, welche entweder a) eine Feststellung der Streitfrage unmöglich machen, z. B. Dunkelheit, Allgemeinheit der Geschichtserzählung, oder b) in dem Umfange der in deutlicher Geschichtserzählung ermangelnden Thatsachen, während diese doch zur Begründung der Klage wesentlich waren, oder c) in dem fehlerhaften, unschlüssigen, auch von Seiten des Richteramtes nicht verbesserlichen Sachgesuche der Klage liegen (z. B. pluris petitio causa), oder auch d) in der Ungeschicklichkeit des Prozeßgesuches. — Die dritte Formel, an deren Stelle viele Richter ebenfalls die sub 2 sezen, bezeichnet ausschließlich den Fall, wo der Form nach weder in der Geschichtserzählung, noch in den Gesuchen der Klage ein wesentlicher Fehler sich findet, jedoch auch offenbar vorliegt, diejenige Klage, welche der Kläger wählte, steht ihm nicht zu, wiewohl eine andere Klage, ist der faktische Inhalt der Geschichtserzählung wahr, ihm zustehen kann „z. B. die Kontraktsklage auf Erfüllung statt der angestellten condictio causa data, causa non secuta auf Zurückgabe einer hingegebenen Sache." — „Das angebrachtermaßen deutet darauf hin: die nämliche Klage könne verbessert dem Beklagten zur Antwort verbinden. Wird aber die erhobene Klage verworfen, so soll diese nicht nochmals angestellt werden. Die vierte Formel deutet auf Unreifheit der Klage, die fünfte darauf, daß entweder a) die Geseze für das vom Kläger erzählte Faktum gar keine Klage geben, oder daß b) der Beklagte vor der Einlassung schleunig und klar beweist, aus der vom Kläger erzählten Thatsache, sei solche auch wahr, habe derselbe ein Klagerecht nicht erworben (z. B. exc. doli, erroris), oder das entstandene Klagerecht sei nachher wieder aufgelöst worden." (Nach bayer. Rechte können von den peremtorischen Einreden nur die exc. litis finitae als prozeßhindernd gebraucht werden. S. Kap. VI §. 3. — Im

Falle der Entkräftung der Klage durch eine Einrede ist bei uns die sechste Formel üblich.) — „Die sechste Formel bezeichnet den Fall, in welchem die erhobene Klage an sich als statthaft, als fundata vorlag, der Beklagte also verbunden war, sich über die Wahrheit oder Nichtwahrheit ihres Klagegrundes antwortend zu erklären, nachher aber der Kläger entweder die vom Beklagten in Abrede gestellten Fakta nicht zu beweisen vermag, oder Lezterer eine zerstörende Einrede als wahr darlegt. — Der Wirkung nach ist die sechste Formel mit der fünften gleichviel.“ —

Fünftes Kapitel.

Von gerichtlichen Citationen, Kommunikationen und Mandaten, dann derselben Insinuation und den Kontumazialhandlungen.

Fünftes Kapitel.

Von gerichtlichen Citationen, Kommunikationen und Mandaten, dann derselben Insinuation und den Kontumazialhandlungen.

§. 1.

Was und wie vielerlei die Citation sei.

Der Beklagte soll bei Vermeidung unheilbarer Nullität über die Klage [1]) gehört werden und ist zu diesem Ende zu Gericht vorzuladen. Die blose Vorladung genügt bei einer nur mündlich angemeldeten Klage, jedoch ist auch hier der wesentliche Inhalt der Klage in die an den Beklagten ergehende Ladung aufzunehmen [2]). Ist die Klage umständlich zu Protokoll genommen oder schriftlich eingereicht worden, so ist der Ladung eine Abschrift des Protokolles, beziehungsweise das Duplikat der Klage beizufügen [3]).

1) Wenn die Gerichtsordn. beifügt „oder das gegentheilige Anbringen", so bezieht sich dies darauf, daß in den vom gewöhnlichen Verfahren abweichenden Prozeßarten und überhaupt bei mündlich angebrachten Klagen statt des Ausdruckes „Klage, Klagschrift" die Bezeichnung „Imploration, Anbringen" gangbar war.

2) Ges. v. 22. Juli 1819 §. 2. Ges. v. 17. Nov. 1837 §. 6 Abs. 3, § 17 Nr. 1. Nach lezterwähnter Stelle kommt die mündliche Klaganmeldung im gewöhnlichen Verfahren nicht mehr vor.

3) Ges. v. 22. Juli 1819 §. 2. Ges. v. 17. Nov. 1837 §. 6 Abs. 4 §. 8 Abs. 1 lit. a.

Dasselbe ist auch bei den weiteren Verhandlungen im schriftlichen Verfahren zu beobachten, so wie im gewöhnlichen (Protokollar-) Verfahren der bei der lezten Verhandlung nicht zugegen gewesenen Partei Abschrift hievon mit der darauf ergangenen richterlichen Verfügung mitzutheilen, und überall, wo eine weitere Handlung nothwendig, am Schlusse des Protokolles der Termin von dem Gerichtskommissär sogleich anzusezen und zu eröffnen ist [4].

Die Ladung selbst geschieht nach der Gerichtsordnung entweder verbaliter (mündlich oder schriftlich), oder durch öffentlichen Verruf und Anschlag (edictaliter), oder zuweilen gar durch persönlichen Arrest (realiter). Nebstdem wird die unmittelbare von der mittelbaren (durch Requisition und Kompaßschreiben) unterschieden. Die Klassifikation der richterlichen Ladungen in monitorische und arktatorische, je nachdem dadurch einer Partei eröffnet wird, entweder daß es ihr freistehe, einer Handlung beizuwohnen, welche aber im Falle ihres Ausbleibens doch vor sich gehen soll, oder daß sie eine Handlung vorzunehmen habe, und der lezteren wieder in peremtorische und dilatorische, je nachdem der Befehl unter Androhung irgend eines (nicht blos im Kostenersaze bestehenden) Nachtheiles auf den Fall der Nichtbeobachtung oder ohne eine solche ergeht, ist der Gerichtsordnung zwar dem Namen nach fremd, dem Wesen nach aber findet sich dieser Unterschied [5]), worüber bei den einzelnen prozessualischen Handlungen das Nähere angegeben werden wird.

4) Ges. v. 22. Juli 1819 §. 2.

5) Vgl. Bayer, Vortr. Ausg. VIII §. 133 a. E. Im §. 29 der Nov. von 1837 ist „monitorisch" im obengedachten Sinne des „dilatorisch" gebraucht. Bl. f. RA. Bd. IX S. 385.

§. 2.

Von der Verbal-, Real- und Subsidialcitation.

Die mündliche Ladung soll nach der Gerichtsordn. durch den Gerichtsdiener oder dessen Gehülfen von Mund zu Mund geschehen und in Civilprozessen nur gegen gemeine Leute und in Kleinigkeiten statthaben. Indessen muß jezt auch in Sachen des mündlichen Verhöres die Ladung des Beklagten auf die Klage, mit Rücksichtnahme auf das hiefür vorgeschriebene Formular, schriftlich geschehen [1].

Da wo sonst nach der Gerichtsordnung noch mündliche Ladung statt hatte, geschieht dieselbe jezt durch s. g. Verschaffzettel, und die schriftliche Ladung ist jezt sohin die allein gebräuchliche. Sie ergeht an Siegelmäßige durch ein verschlossenes Schreiben oder einen dergleichen Befehl, je nach dem Standpunkte des citirenden Richters und den Rang- und Standesverhältnissen des zu Citirenden [2], an Unsiegelmäßige durch Signat oder offenen Amtszettel [2a].

Die Realcitation, d. h. die zwangsweise Vorfüh-

1) Ges. v. 17. Nov. 1837 §. 6.

2) Hiernach richtet sich auch die Courtoisie. Ueber die Korrespondenzform zwischen den Administrativ- und Gerichtsbehörden vgl. die königl. Verordn. v. 17. Juni 1809 (Regierungsbl. S. 1033). Ueber die Ausfertigungen der Unterbehörden an Staatsdiener, Adeliche, Gutsbesizer und Pfarrer die königl. Verordn. v. 19. Okt. 1812 (Regierungsbl. S. 1833). Ueber das Kanzleizeremoniel gegen die ehemals reichsständischen fürstl. und gräfl. Häuser IV. konst. Edikt §. 3; über das gegen Reichsräthe die königl. Verordn. v. 30. Juni 1819 (Regierungsbl. S. 625); über das gegen die Bischöfe und Erzbischöfe die kgl. Verordn. v. 18. Januar 1822 (Regierungsbl. S. 81).

2a) Ueber die Ladung durch Zirkularpatent (Kurrende) s. unten Komment. zum folg. §en 4 u. Bl. f. RA. Bd. VI S. 141.

rung durch den Gerichtsdiener hat in Civilsachen nur ausnahmsweise statt, nämlich

a) im Falle eines Arrestes, wovon unten zu Kap. VIII §. 6 das Nähere vorkommen wird;

b) im Falle eines beharrlichen Ungehorsams da, wo das persönliche Erscheinen der Partei gesezlich erfordert wird, z. B. bei dem Sühneversuche in Ehescheidungssachen (vgl. oben Kap. III S. 40).

Ueber das Verfahren gegen ungehorsame Zeugen ist das Erforderliche zu Kap. X §. 8 unten vorzutragen.

Wenn der vorzuladende Theil nicht unmittelbar unter dem Gerichtszwange des Prozeßgerichtes steht, z. B. wenn der mit einer dinglichen Klage Belangte nicht im Bezirke des Gerichtes der gelegenen Sache wohnt, oder einen privilegirten Gerichtsstand hat; so ist die Ladung, (so ferne sie nicht an einen Insinuationsmandatar geschehen kann s. unten §. 8), durch den ordentlichen Richter im Wege der Requisition zu bewirken, welche an koordinirte Behörden durch Ersuchen [3]), an höhere durch Berichte, an untergeordnete durch Befehle geschieht. Der Requisition ist ein Rezepisse beizulegen, welches das requirirte Gericht von dem Geladenen unterschreiben zu lassen hat [4]).

Die requirirte Obrigkeit ist verbunden, der Requisition Folge zu leisten, ausgenommen, wenn ihr die requirirende als unzuständig erscheint [4a]), insbesondere wenn sie selbst

3) Die Justizunterbehörden können mit den erzbischöflichen und bischöflichen Ehegerichten unmittelbar in Korrespondenzform kommunizieren. Justizministerialreskr. v. 23. Okt. 1823. (Ungedruckt.)

4) Justizministerialreskr. v. 6. Aug. 1821. Nov. zu Gerichtsord. Bd. IV S. 170.

4a) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. IV S. 232; s. auch Stürzer, CRV. S. 389 a. E.

in der Sache zuständig sein sollte. Um dieses ersehen zu können, muß jedesmal in dem Ersuchungsschreiben die Sache, zu welcher Jemand geladen werden soll, genau bezeichnet werden [5]).

Erhellt aus dem Inhalte des Requisitionsschreibens die Unzuständigkeit des requirirenden Richters, so ist statt der Stellung mit (motivirter) Protestation zu begegnen [5a]). Nimmt der requirirte Richter die Kompetenz in der fraglichen Sache für sich in Anspruch, so ist dieselbe, im Falle eine Vereinigung der beiden Gerichte nicht stattfindet, in den für Kompetenzkonflikte vorgezeichneten Weg zu leiten [6]).

Eine Kognition über den Grund oder Ungrund der Klage, wie über den Inhalt der zu insinuirenden Verfügung, steht dem requirirten Richter (als solchem) in keinem Falle zu [7]).

Ueber die Requisitionen an auswärtige Behörden s. unten zu §. 8.

§. 3.

Von der Ediktalcitation [1]).

Die Ediktalcitationen sind entweder

a) gewöhnliche Ladungen in Civilprozeßsachen,

5) Anmerk. zu Gerichtsordn. h. l. lit. d. Verordn. v. 15. März 1786. Mayr, Gen. Samml. Bd. III S. 82.

5a) Der requirirende Richter kann in solchem Falle das Obergericht, unter welchem der Requirirte steht, um eine abhelfende Ordination an Lezteren angehen.

6) Kommentar Bd. I S. 239.

7) Angef. Verordn. v. 15. März 1786. Vgl. Seuffert's Arch. Bd. I S. 120; Bd. IV S. 232.

1) Nibler: über die Ediktalcitationen in Gegenständen des Civilrechtes. Straubing 1817. Haase: über Ediktalladungen und Ediktalprozesse, außerhalb des Konkurses, mit Hinsicht auf partikuläres, vorzügl. Sächs. u. Preuß. Recht. Leipzig 1817.

oder Verhandlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche nur deswegen öffentlich ausgeschrieben werden [1a]), weil man kein anderes Mittel weiß, sie zur Kenntniß des zu Ladenden zu bringen, indem dessen Aufenthalt unbekannt ist [1b]), oder der requirirte auswärtige Richter die Zustellung verweigert, oder die Insinuation durch ein anderes Hinderniß, z. B. durch Kriegsläufe, vereitelt wird [2]); oder

b) es sind Provokationen, durch welche die Geladenen aufgefordert werden, gewisse Ansprüche anzumelden, beziehungsweise geltend zu machen, oder gegen Anträge, welche von anderer Seite gestellt worden, etwaigen Einspruch zu erheben. Diese öffentlichen allgemeinen Provokationen sezen jederzeit voraus, daß entweder ungewiß ist, ob die Ansprüche resp. Einspruchsrechte [3]), zu deren Gel-

1a) Nach Vorschrift der GO. durch öffentlichen Anschlag, wozu nach dem Gerichtsgebrauche noch das Ausschreiben in Zeitungen kommt. Daß hier die Unterlassung dieses Ausschreibens einen Mangel der Citation (GO. XVI §. 2) begründen würde, läßt sich nicht behaupten. Bl. f. RA. Bd. IX S. 113.

1b) Wenn der Abwesende auf die durch eine gegen ihn gerichtete Klage veranlaßte Ediktalladung weder erscheint, noch Nachricht von sich gibt, so ist ihm ein Vertreter von Amtswegen zu bestellen, an welchen nun die Insinuation von Ladungen, Urtheilsverkündungen und anderen Mittheilungen zu bewirken ist. Eine neuerliche Ediktalladung wird aber nothwendig, wenn es zu einer gerichtlichen Handlung kommt, welche, wie in der Regel die Eidesleistung, Vornahme durch einen Vertreter nicht zuläßt. Vgl. Bl. f. RA. Bd. IX S. 113 f.

2) Nur von solchen Fällen ist die Gerichtsordn. a. d. St. Nr. 4 „und was dergleichen Fälle mehr sind" zu verstehen. Hieher gehören insbesondere auch die Ediktalcitationen bei Anträgen auf Ehescheidung wegen böslicher Verlassung. S. oben S. 50.

3) Z. B. hinsichtlich eines Nachlasses oder gerichtl. Depositums.

tendmachung provozirt wird, irgend Jemand wirklich zustehen, oder daß doch die Subjekte des zweifellos existirenden Rechtes [4]) nicht bekannt sind. Sie bezwecken entweder Herbeiführung einer Entscheidung über die Realisirung der Ansprüche Mehrerer, welche miteinander kollidiren [5]), oder die Feststellung der Rechtsverhältnisse oder beabsichtigten Rechtsgeschäfte der Provokanten gegen künftige Anfechtung von Seite anderer Betheiligten [6]), oder Ausmittelung der unbekannten Subjekte von Rechten, für welche gerichtliche Obsorge zu walten hat [7]), oder Benachrichtigung unbekannter Betheiligten über gerichtskundige Thatsachen, um dieselben zur Verfolgung und Wahrung ihrer Rechte zu veranlassen [8]).

4) Z. B. die Inhaber ausgefertigter Partialobligationen au porteur.

5) Ediktalladungen im Gantverfahren. — Hieher gehört auch die durch die Verordn. v. 2. Juni 1811 (Regierungsbl. S. 745), die Vollstreckung fremdrichterlicher Erkenntnisse betr., §. 2 angeordnete Aufforderung an die inländischen Gläubiger, wenn sie aus dem Grunde einer Hypothek oder aus einem anderen Titel ein gleiches oder vorzüglicheres Recht an den unbeweglichen Gütern, auf welche die Hilfsvollstreckung von Seite des auswärtigen Gerichtes nachgesucht worden ist, zu haben vermeinen, ihre Forderungen innerhalb eines präklusiven Termines geltend zu machen. Vgl. darüber unten zu Kap. XVIII §. 2.

6) Z. B. Ladungen der Gläubiger bei Fideikommißbildungen zur Unterhandlung über Nachlaßgesuche.

7) Erbschaften, Depositen.

8) Bekanntmachungen über Nachlaßfälle, insbesondere auch über beabsichtigte Auswanderungen. Bl. f. RA. Bd. X S. 340 f. Ueber das Verhältniß zwischen Justiz- und Verwaltungsbehörde in Bezug auf die öffentliche Ladung der Gläubiger eines Auswanderungslustigen s. ebd. Bd. XII S. 97 f.

Die durch Ediktalcitation ausgeschriebenen Provokationen sollen nicht immer einen Rechtsstreit einleiten, sondern geschehen zum Theile mit der Absicht, den anzumeldenden Rechten, ihren Nachweis vorausgesezt, willige Anerkennung und Verwirklichung zu verschaffen [8a]).

Oeffentliche Ladungen, durch welche unbekannte Interessenten, ohne Androhung eines Rechtsnachtheiles, lediglich von einer sie angehenden Thatsache zur etwaigen Wahrung ihrer Rechte benachrichtigt werden, bedürfen keiner Rechtsbegründung: so die Vorladung der Gläubiger einer solventen Erbschaft, deren Nichtbeachtung nur die Folge hat, daß die unbekannt gebliebenen Forderungen bei der Auseinandersezung des Nachlasses und dessen Extradition an die Erben nicht berücksichtigt werden [8b]).

So oft hingegen die Nichtbeachtung der Ladung nicht blos einen faktischen, sondern einen Rechtsnachtheil, d. h. den Verlust eines Rechtes oder die Fiktion einer Einwilligung nach sich ziehen soll, muß dafür eine besondere Gesezesvorschrift, eine feststehende Gewohnheit oder eine bündige Folgerung aus der rechtlichen Natur der Sache [9])

8a) So insbesondere in Verlassenschafts- und Auswanderungssachen. Es sind dies zunächst Aufgaben der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Vgl. B. f. RA. a. a. O. S. 341. S. indessen ebd. Bd. XII S. 97 f.

8b) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. 5 S. 443. S. auch ebd. Bd. 4 S. 246 und Bl. f. RA. Bd. 9 S. 148. — In Auswanderungssachen besteht der Nachtheil, welcher den Gläubigern in der Vorladung anzudrohen ist, nur darin, daß die sich nicht Meldenden bei weiterer Behandlung des Auswanderungsgesuches nicht berücksichtigt werden. Ueber das weitere Verfahren in Auswanderungssachen, zu dessen Einleitung die Gläubigervorladung dient, s. Bl. f. RA. Bd. X S. 343 f.

9) Z. B. aus der eigenthümlichen Natur der Partialobligationen

angeführt werden können. Blose Rücksichten der Zweckmäßigkeit, der Begünstigung einer beabsichtigten Vermögensordnung, der Verschaffung erwünschter Beruhigung könnten die Androhung eines Präjudizes solcher Art nicht rechtfertigen.

Auch darf der Richter den unbekannten Interessenten, an welche die öffentliche Ladung gerichtet ist, kein Präjudiz vorstecken, was nicht bekannten Interessenten gegenüber in einer Privatladung zulässig ist [9a]).

Bezüglich einzelner Fälle der allgemeinen Provokationen enthalten die in den verschiedenen Landestheilen geltenden bürgerlichen Rechte eigenthümliche Bestimmungen, z. B. für die Ediktalladungen in Verschollenheitsinstruktionen [9b]), in Nachlaßsachen, bei Verkäufen von Liegenschaften [9c]).

Die Gerichtsordnung erwähnt

1) die Ediktalladung im Konkursprozesse, wovon unten zu Kap. XIX §. 4. Reicht der Gemeinschuldner ein Nachlaß- oder Befristungsgesuch ein, so werden die Gläubiger zur Erklärung darüber unter dem Präjudize des fingirten Konsenses zu dem Beschlusse der Mehrheit vorgeladen. Das Nähere unten zu Kap. XVIII §. 13. Hier sind auch die Gläubigerladungen bei Benefizialerbschaften zu erwähnen, wobei die Nichterschienenen zu gewärtigen haben, daß das Aktivvermögen zur Befriedigung der bekannten Gläubiger verwendet wird, und für sie nichts übrig bleibt [10]);

au porteur, indem hier kein anderer Weg, die Gläubiger über Anträge des Pfandschuldners zu vernehmen, offen steht, als der einer Ediktalladung.

9a) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. VII S. 137 f.

9b) Vgl. hierüber Seuffert's Archiv Bd. I S. 92; Bl. f. RA. Bd. IX S. 113.

9c) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. V S. 80, 444.

10) Hagemann, prakt. Erörter. Bd. III S. 341, Bd. VIII S. 78.

2) die Ediktalladung an unbekannte Erben, wenn der Fiskus die Verlassenschaft des Verstorbenen als vakant anspricht [11]).

Ferner sind zu erwähnen

3) die Ediktalladungen, wodurch bei der beachsichtigten Bildung eines Familienfideikommisses die unbekannten Gläubiger, welche hinsichtlich des zum Fideikommisse bestimmten Vermögens Forderungen zu machen haben, zu deren Angabe binnen eines präklusiven Termines von sechs Monaten unter dem Rechtsnachtheile aufgefordert werden, daß nach Verstreichung desselben das obgedachte Vermögen als ein Familienfideikommiß würde immatrikulirt werden, folglich dieselben wegen der nicht angezeigten Forderungen sich nicht mehr an die Substanz des Fideikommißvermögens, sondern nur an das Allodialvermögen des Schuldners oder in dessen Ermangelung an die Früchte des Fideikommisses zu halten berechtigt sein sollten, und selbst hier nur unter der Beschränkung, daß sie denjenigen Gläubigern nachgehen, welche sich innerhalb des Termines gemeldet haben. Die Ediktalladung soll dreimal in zweimonatlichen Zwischenräumen in öffentliche Blätter eingerückt werden [12]).

Kind, quaest. for. T. I cap. 65. Vgl. Seuffert's Archiv Bd. IV S. 246.

11) Die Praxis der meisten Gerichte dehnt dieses auch auf jene Fälle, wo die Erbschaftsprätendenten nicht gerichtsnotorisch die einzigen Intestaterben sind, aus und ladet selbst bei Erbschaften ex testamento die unbekannten Intestaterben edictaliter zur Anerkennung des Testamentes vor, was unnöthig ist. Martin, Jahrbücher der Gesezgebung und Rechtspflege in Sachsen. Bd. II S. 86. Vgl. Seuffert's Archiv Bd. I S. 287. Ueber die Bedenken, welcher der angeführten Praxis entgegenstehen s. ebd. Bd. III S. 302; Bl. f. RA. Bd. VIII S. 161, womit zu vergleichen Bd. XI S. 13.

12) VII. Beil. zur Verfassungsurk. §. 26.

4) Wenn bei einer im Hypothekenbuche eingetragenen oder vorgemerkten Forderung die Nachforschungen nach dem rechtmäßigen Inhaber fruchtlos geblieben, und, vom Tage der lezten auf diese Forderung sich beziehenden Handlung an gerechnet, dreißig Jahre verstrichen sind, so kann der Besizer der hypothezirten Sache verlangen, daß Derjenige, welcher auf die Forderung ein Recht zu haben glaubt, zur Anmeldung innerhalb sechs Monaten bei Verlust desselben vor Gericht öffentlich vorgeladen werde. Die Ediktalladung soll dreimal in zweimonatlichen Zwischenräumen in öffentliche Blätter eingerückt werden.

Meldet sich innerhalb dieses Termines Niemand zu der Forderung, so wird dieselbe vom Gerichte für erloschen erklärt, auch das Amortisationserkenntniß in öffentlichen Blättern bekannt gemacht, und hierauf die Forderung im Hypothekenbuche gelöscht [13]). Gesuche der Art werden nicht bei dem Hypothekenamte, sondern bei dem Gerichte und zwar der gelegenen Sache angebracht, weil es sich in der Hauptsache um die Befreiung einer Sache von einem dinglichen Rechte handelt. Der Implorant muß nachweisen, daß er nach dem rechtmäßigen Inhaber der Hypothekforderung Nachforschungen gemacht habe, und diese fruchtlos geblieben seien. Die Nachforschungen richten sich nach den Notizen, die aus dem Hypothekenbuche in Ansehung der Person des Gläubigers und dessen Wohnort zu entnehmen sind [14]).

5) Gegen unbekannte Inhaber von Urkunden, die auf eine bestimmte Person als Gläubiger lauten — bei dem s.g. Amortisationsverfahren [15]). Das Gesuch um

13) Hypothekenges. §. 82. v. Gönner, Kommentar S. 572.
14) Lehner, Lehrb. des bayer. Hypothekenrechtes Bd. I S. 245.
15) Verordn. v. 10. Okt. 1810 Regierungsbl. S. 953. Schumm

Amortisirung einer verlorenen oder vermißten Urkunde, deren gegenwärtiger Inhaber unbekannt, ist bei dem Gerichte des Imploranten unter Bescheinigung des Interesse desselben und des früheren Besizes der fraglichen Urkunde anzubringen, worauf dann eine Ediktalcitation mit dem Namen des Imploranten, genauer Bezeichnung der Urkunde, Vorsezung eines sechsmonatlichen Termines mit der Aufforderung an den unbekannten Inhaber der Urkunde erlassen wird, daß er solche bis zu dem bestimmten Termine vor Gericht vorweise, widrigenfalls sie für kraftlos werde erklärt werden.

Diese Ediktalcitation ist an dem Orte des Gerichtes, von welchem sie erlassen worden, und desjenigen Gerichtes, in dessen Bezirk oder Nähe die Urkunde angeblich zu Verlust gegangen, bei öffentlichen Fondsobligationen [16])

im Beil. H. zum Arch. f. civ. Pr. Bd. XIII, insbesondere S. 216.

16) Bei diesen findet jedoch eine Amortisation nur in so ferne statt, als sie auf bestimmte Darleiher ausgestellt, oder wenn die au porteur lautenden Obligationen von der emittirenden Behörde entweder durch eine den Regeln des Institutes gemäße Erklärung, oder auf eine gerichtliche Veranlassung, oder auf Verlangen des Eigenthümers durch ihre Vormerkung auf dem Instrumente selbst auf bestimmte Inhaber überschrieben worden sind, in welchem Falle dieselben die Natur gewöhnlicher Obligationen annehmen. Ver. v. 17. Aug. 1813 Regierungsbl. S. 1082. Ver. v. 12. März 1817 Regierungsbl. S. 177. Auch bei den von Creditvereinen au porteur ausgefertigten Schuldobligationen kommen diese Bestimmungen zur Anwendung, Ges., die Creditvereine der bayerischen Gutsbesitzer btr., vom 11. Sept. 1825 Gesezbl. St. VIII §. 6. In Ansehung der Noten, Aktien und sonstiger Urkunden der bayerischen Hypotheken- und Wechselbank vgl. Statut. ders. v. 17. Juni 1835 §. 16 und 17 Regierungsbl. S. 596.

zugleich in derjenigen Kasse, bei welcher die Zinsen erhoben werden, anzuschlagen und dreimal in monatlichen Zwischenräumen in eine Zeitung oder in das Intelligenzblatt des Kreises, wo sie erlassen worden, so wie auch einmal in eine Zeitung der Haupt- und Residenzstadt, überdies bei öffentlichen Landesobligationen dreimal in eine ausländische Zeitung einzurücken.

Wird die ausgeschriebene Urkunde innerhalb der bestimmten Frist vor Gericht vorgewiesen, so ist dies gehörig zu Protokoll zu bemerken. Erfolgt aber die Vorweisung nicht, und sind die übrigen gesezlichen Erfordernisse gehörig beobachtet worden, so ist nunmehr von dem Gerichte die Präklusion der ergangenen Warnung gemäß auszusprechen. Dieses Amortisationserkenntniß ist an dem Orte der Gerichtes öffentlich anzuschlagen und, gleich den Ediktalcitationen, in die oben bezeichneten öffentlichen Blätter, jedoch nur einmal, einzurücken, auch bei öffentlichen Fondsobligationen derjenigen Kasse, bei welcher die Zinsen erhoben werden, mitzutheilen.

Gegen dieses Amortisationserkenntniß finden dieselben Rechtsmittel, wie gegen andere Kontumazialerkenntnisse, statt (vgl. unten zu §. 11 und zu Kap. XV §. 3). Wird dasselbe rechtskräftig, so hat es zur Folge, daß aus der für amortisirt erklärten Urkunde selbst keine Rechtsansprüche mehr abgeleitet werden können, dieselbe mithin als Beweismittel für die dadurch beurkundete Verbindlichkeit nicht mehr geltend gemacht zu werden vermag.

6) Ueber die Ediktalcitation in Folge zollgesezlicher Bestimmungen gibt die Zollordnung vom 17. Nov. 1837 §. 66 (Regierungsbl. S. 858) und das Zollstrafgesez vom nämlichen Tage §. 37 (Gesezbl. S. 228) Ziel und Maaß.

Soweit über die Ediktalcitationen in den betreffenden

besonderen Gesetzen keine näheren Bestimmungen enthalten sind, ist Folgendes zu beobachten:

a) Es ist die Ediktalcitation an dem Orte des Gerichtes öffentlich anzuschlagen, desgleichen, soweit es möglich ist, an dem muthmaßlichen Aufenthaltsorte des Citirten oder doch in dessen Nähe.

b) Auf dem Lande ist es gebräuchlich, dergleichen Ediktalladungen drei Sonntage nach einander vor der Pfarrkirche oder auf dem Gemeindehause der versammelten Gemeinde durch den Gemeindevorsteher verkündigen zu lassen.

c) Die Einrückung in die öffentlichen Blätter (nach Auswahl des Gerichts, etwa unter Vernehmung des aufgestellten Kurators oder sonstigen Stellvertreters) geschieht dreimal in passenden Zwischenräumen. Von den einzelnen Blättern werden Exemplare zu den Akten genommen.

d) Die Ladung muß einen bestimmten Termin von wenigstens zwei Monaten, und

e) das der Gerichtsordnung oder anderweiten Gesetzen gemäße Präjudiz für den Fall des Ungehorsams enthalten.

§. 4.

Requisita citationis.

Zu einer förmlichen Citation wird erfordert:

1) daß sie die Angabe des Gerichtes, des Klägers und des Beklagten enthalte. Ist ein Litiskonsortium vorhanden, so genügt für die geladene Partei die Anführung des Namens des einen Litiskonsorten mit der Bezeichnung et Cons. nicht, sondern es müssen die einzelnen Konsorten dieser Partei namentlich aufgeführt werden [1]).

1) Ist bereits ein gemeinschaftlicher Anwalt bestellt, so ist es genügend, wenn die Ladung an diesen gerichtet wird.

Im Falle einer Ediktalcitation gegen unbekannte Interessenten fällt dieses Erforderniß, wie sich von selbst versteht, weg. Ein Irrthum in dem Namen des zu Ladenden macht die Ladung nichtig, auch im Falle des Daseins anderweiter Bezeichnung, welche im Hinblicke auf den falschen Namen jedenfalls als unsicher erscheint.

2) Ist die Handlung nicht an der gewöhnlichen Gerichtsstelle vorzunehmen, so muß der Ort der Vornahme genau bezeichnet sein.

3) Die causa citationis, d. h. die Veranlassung der Ladung, muß angegeben und deshalb das Anbringen, welches sie hervorgerufen hat, im Duplikate oder, wenn es zu Protokoll gegeben wurde, in Abschrift beigeschlossen werden [1a]). Die Ladung durch Cirkularpatent (Kurrende) ist blos im Konkurse vorgeschrieben, aber nicht im gewöhnlichen Prozesse bei der Aufforderung zur Klagebeantwortung statthaft. Im Sinne der zu obigem §. 2 erläuterten Stelle der Gerichtsordnung erscheint ein dergleichen Vorzeigedekret lediglich als eine mündliche Ladung, welche im gewöhnlichen Verfahren nicht genügend ist.[1b]). Der Mangel der Angabe der causa citationis wird übrigens beseitigt, wenn sich der Geladene ohne Widerrede und gutwillig auf die Klage einläßt [2]).

4) Es ist die Zeit zu bestimmen, innerhalb welcher der Geladene erscheinen soll, entweder als Tagfahrt (dies fixus), oder als Frist (dies intra quem). Ist eine bestimmte Tageszeit nicht angegeben, so kann der Geladene

1a) Was die Ladung zum mündlichen Verhöre betrifft, s. oben S. 30. Die causa citationis pflegt hier nur ganz kurz bezeichnet zu werden, wie solches in der Beil. I zu §. 6 der Nov. 1837 angedeutet ist.

1b) Vgl. Bl. f. RA. Bd. VI S. 141.

2) Wernher, obs. Tom. I obs. 346 Nr. 6. Tom. VI obs. 364.

bis zum Abend (d. i. bis zum Ende der Gerichtszeit des Tages) erscheinen, ohne daß ihn die Folge des Ungehorsams trifft [2a]). Ueber das Ende einer vorgesteckten Frist s. unten zu Kap. VI §. 16 Abth. II.

5) Wie ferne die Ladungen den Rechtsnachtheil, welchen deren Nichtbefolgung nach sich zieht, ausdrücken müssen, wird unten zu Kap. V §. 10, Kap. VI §. 16 vorkommen.

§. 5.

Aeußerliche Form der Citation in Ordinario.

Die in diesem §. behandelte citatio generalis ist mit dem processus ordinarius, bei welchem sie statt hatte, Antiquität geworden, indem jezt eine Citation für jeden einzelnen Akt, resp. jede Verhandlungstagfahrt, erforderlich ist.

2a) Vom OAGE. wurde öfter angenommen, daß bei Ladungen auf eine Vormittagsstunde der Geladene gleichwohl auch in der nachmittägigen Gerichtszeit desselben Tages zeitig genug erscheine; vgl. Bl. f. RA. Bd. IX S. 305, 406; Bd. XVI S. 58; aber nicht immer, indem Bd. IX S. 407 der Bl. f. RA. ein oberstrichterliches Erk. mitgetheilt ist, nach welchem „mit dem Ablaufe der bestimmten Tageszeit, insbesondere mit dem Ablaufe des Vormittags, wenn die Kommission auf Vormittag anberaumt war, dies juridica zu Ende ist". Vgl. die für diese leztere Ansicht entwickelten Gründe — so wie die Erörterungen in Betreff der Gerichtszeit überhaupt — ebd. Bd. VIII S. 1; Bd. IX S. 345. Vgl. auch Bolgiano, vergl. Darst. S. 75 f. — In Bezug auf Nichteinhaltung der Gerichtszeit s. auch unten Komment. zu Kap. V §. 11, I lit. b.

§. 6.

Von Kommunikationen und Mandaten.

Insbesondere: von bedingten Mandaten [1]).

Ueber die Ladung, wie sie in dem beschleunigten Verfahren, im mündlichen Verhöre, regelmäßig stattfindet, ist bereits oben zu Kap. III §. 3 Abschn. I das Erforderliche vorgetragen worden.

In dem gewöhnlichen Verfahren geschieht die Mittheilung der zulässig befundenen Klage im Duplikate oder in der Protokollsabschrift an den Beklagten zunächst unter der dilatorischen Ladung zur Beantwortung der Klage in dem für die Verhandlung der Sache angesezten Termine oder in der dafür anberaumten Frist [2]).

Die Mittheilung der Klage, Imploration u. s. w. zur Vernehmlassung, Erklärung, Erinnerung bildet die durch die Nothwendigkeit der Verstattung des rechtlichen Gehöres (§. 1 oben) gebotene Regel.

Ausnahmsweise wird unter gewissen Umständen sofort auf die Klage ein s. g. Mandat erlassen, d. h. dem Beklagten aufgegeben, den Kläger klaglos zu stellen; entweder unbedingt (wovon im nächsten §en), oder mit der Klausel: wenn die Sache angebrachtermaßen beschaffen ist [3]).

1) Vgl. oben S. 10. — Mittermaier, der gemeine deutsche Proz. Beitr. IV edit. II §. 6. Bayer, Theorie der summar. Proz. §. 16—19.

2) Ges. v. 17. Nov. 1837 §. 17 Nr. 2.

3) Auch bei dieser Fassung der Klausel muß die Vorsteckung einer Frist zum Vorbringen etwaiger Einwendungen hinzu kommen. S. hierüber unten II.

Von bedingten Mandaten wird in der Gerichtsordnung auf eine Weise gesprochen, als ob sie überall statt der gewöhnlichen Ladungsform gebraucht werden könnten, und in der That haben sie, wenn der Beklagte, von der beigefügten Klausel Gebrauch machend, rechtzeitig Einwendungen vorbringt, keine weitere Besonderheit des Verfahrens zur Folge. Das Eigenthümliche des durch ein bedingtes Mandat eingeleiteten Verfahrens zeigt sich nur in dem Falle, wenn der Beklagte die ihm zum Vorbringen von Einwendungen offengelassene Frist nicht benüzt. Hier treten Folgen ein, welche von dem Gange des regelmäßigen Verfahrens so wesentlich abweichen, daß auch die bedingten Mandate als Ausnahme von der Regel zu behandeln sind.

Unter welchen Umständen diese Ausnahme eintreten könne, darüber schweigt die Gerichtsordnung, und Kreittmayr bemerkt in dieser Hinsicht nur: „daß die Sache „zwar auf etwas mehr als eine blose Citation, doch nicht „allerdings auf ein mandatum sine clausula qualifizirt „sein müsse.“

Bei dieser Unbestimmtheit der Gesezgebung war die Entwicklung des Gebrauches bedingter Mandate der Praxis überlassen, welche bei Lösung der Aufgabe von folgenden Erwägungen geleitet wurde:

a) Die Erfahrung lehrt, daß Beklagte, welche das Bewußtsein ihrer Verpflichtung haben, gerade durch die Form des Befehles zur Klaglosstellung, in welcher ihnen die Klage mitgetheilt wird, von dem Versuche der Bestreitung derselben abgehalten werden [4]), wohingegen die ein=

4) Nach Mittheilung eines Kreisgerichtsvorstandes wurden unter 70 zum mündlichen Verhöre geeigneten Sachen, in welchen auf die Klage die Erlassung eines bedingten Mandates geschah, nur in 7 oder 8 Einwendungen vorgebracht.

fache Mittheilung mit der Ladung zur Beantwortung zu solchem Versuche herauszufordern scheint. Demzufolge empfiehlt sich die hier zu erörternde Art der Klagmittheilung als ein Mittel, zwecklose, resp. frivole, Prozesse abzuschneiden und den Gerichten Arbeit, den Parteien Kosten zu ersparen. Die Erscheinung der bedingten Mandate, wie sie in einem Theile der vaterländischen Gerichte vorkommt, läßt sich

b) mit den Auskunftsmitteln vergleichen, durch welche der römische Prätor die Schroffheiten des Civilrechtes, ohne dessen Autorität anzutasten, für die Anwendung abzuschleifen wußte, und welche eine von Geist und Leben erfüllte Praxis häufig erfindet, wo die genaue Verwirklichung des Buchstabens wider den Mann gehen würde. Ein solches „wider den Mann gehen" läßt sich häufig der Regel des gemeinen und bayerischen Prozeßrechtes nachsagen, zufolge deren der Ungehorsam des Beklagten in Beantwortung der Klage die Folge der fingirten verneinenden Kriegsbefestigung nach sich zieht. Der Buchstabe der gesezlichen Vorschrift ist klar, man darf ihr nicht zuwider handeln. Aber dieselbe gilt nur für das regelmäßige Verfahren; sie gilt nicht, wo Grund vorhanden ist, das Verfahren mit einem Mandate einzuleiten; in Bestimmung der Fälle, für welche diese Abweichung von der Regel gilt, hat das Gesez der Praxis freieren Spielraum eingeräumt, und dieser Spielraum wurde zweckmäßig benüzt, um die Anwendung des Präjudizes der negativen Litiskontestation da, wo es nicht paßt, auszuschließen, indem natürlich da, wo dem Beklagten für den Fall seines Stillschweigens bereits befohlen ist, den Kläger klaglos zu stellen, bei dem Eintritte dieses Falles nicht auf Erlassung eines Interlokutes über den Grund der Klage zurückgegangen werden kann. Es handelt sich hier von Normen des Verfahrens, welche die

Praxis in einer ihr vom Geseze eingeräumten Sphäre gebildet hat, und deren Wirksamkeit auch die neuere Gesezgebung nicht angetastet hat [5]). Denn diese befaßt sich nur mit dem regelmäßigen Gange des Verfahrens, so bei der gewöhnlichen Protokollarverhandlung, wie im mündlichen Verhöre, ohne die früher durch Gesez oder Gerichtsgebrauch begründeten Ausnahmen aufzuheben oder in ihrer Wirksamkeit zu beschränken. Dies bezieht sich auch auf die zur Erlassung eines bedingten Mandates geeigneten Fälle. In Ansehung dieser ist die Praxis der bayerischen Gerichte nichts weniger als gleichförmig, was als eine natürliche Folge der Unbestimmtheit der Gesezgebung erscheint. Die Grundsäze, welche wir hier aufstellen, fußen auf der Uebung mehrerer vaterländischen Gerichte, unter Rücksichtnahme auf die gemeinrechtliche Doktrin und die Natur der Sache.

I. Die Erlassung eines bedingten Mandates sezt Bescheinigung des Klaganspruches voraus, oder eine Beschaffenheit der Sache [5a]), zufolge welcher diese z. B. als Nebensache oder wegen obwaltenden Bedürfnisses schleuniger Rechtshilfe [5b]) für summarische Verhandlung geeignet scheint, oder das Dasein von solchen Umständen, welche

5) Wenn manche Gerichte den früheren Gebrauch der bedingten Mandate in Bagatellsachen seit Einführung des Ges. v. 17. Nov. 1837 aufgegeben haben, so ist dies ohne erheblichen Grund und zweckwidrig geschehen.

5a) Nach der bayerischen Wechsel-, Gerichts- und Prozeßordnung vom 24. Nov. 1785 Kap. V §. 5 wird in Merkantilsachen das Verfahren von dem Wechsel- und Merkantilgericht regelmäßig mittels eines bedingten Mandates eingeleitet. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 81 f.

5b) In Fällen dieser Kategorie, wenn gegen Erlassung eines unbedingten Mandates (vgl. §. 7) Bedenken obwalten. Vgl. Seuffert's Archiv Bd. VIII Nr. 197.

die Annahme rechtfertigen, die Abschneidung prozessualischer Weiterungen liege im wohlverstandenen Interesse beider Theile (s. unten Nr. 3). — Der Versuch der schleunigen Erledigung auf dem bezeichneten Wege kann insbesondere gemacht werden:

1) Wenn der Beklagte vor dem Vermittlungsamte die Ansprüche des Klägers anerkannt und Abhilfe, resp. Erfüllung, zugesagt hat; wenn dasselbe in einer außergerichtlichen, vor Zeugen errichteten Urkunde geschehen ist; wenn die Landes-, Orts- oder Gerichtsnotorietät für Wahrheit der der Klage zu Grunde gelegten Thatsachen spricht, zugleich aber auch nach der Natur des Verhältnisses, nach seiner Einfachheit, nach der Art, wie es gewöhnlich behandelt wird, erhebliche Einwendungen nicht zu erwarten sind; wenn die Schuld im Allgemeinen außer Zweifel, und nur die Richtigkeit einzelner Posten in Frage ist, z. B. bei Einforderung der Kosten, welche der eine Theil dem anderen zu ersezen hat.

2) Wenn schleunige Abhilfe zwar nicht dringend geboten, aber doch sehr wünschenswerth ist, z. B. bei Baustreitigkeiten, in Fällen der actio aquae pluviae arcendae, bei Besitzstreitigkeiten, Alimentationssachen (Paternitätsklagen ausgenommen);

3) bei kleineren Schuldforderungen, insbesondere gegen Personen, welche nicht am Gerichtssize oder in der Nähe desselben wohnen, z. B. einen entfernt von Kreisgerichtssize wohnenden Pfarrer oder Landgerichtsassessor, indem hier besonderer Grund obwaltet, auf Ersparung der mit Besuch oder Beschickung von Tagfahrten verbundenen Zeit und Kosten Bedacht zu nehmen.

II. Daß um Erlassung des bedingten Befehles ausdrücklich gebeten werden müsse, ist nicht verordnet, vielmehr daraus, daß die Gerichtsordnung hierin nur eine

andere Art der Ladung sieht, zu entnehmen, daß der Richter in dazu geeigneten Fällen diesen Weg des Verfahrens überall einschlagen kann, wo die Klagbitte auf eine gegen den Beklagten zu erlassende Verfügung gerichtet ist, ohne daß ausdrücklich die gewöhnliche Art der Mittheilung an den Beklagten beantragt worden. Das bedingte Mandat besteht in dem Auftrage an den Beklagten, der Klagbitte zu genügen [6]), oder binnen vorgesteckter Frist Einwendungen vorzubringen. Unter Einwendungen werden hier nicht nur Einreden jeder Art, sondern auch ein bloser Widerspruch des Klagegrundes verstanden. Wenn nun

a) der Beklagte in der bestimmten Frist Einwendungen, welche sich nicht sofort als unerheblich darstellen [6a]), schriftlich, oder zu Protokoll mündlich vorbringt, oder auch nur die Bestreitung des klägerischen Anspruches anmeldet, so wird nunmehr dasjenige Verfahren eingeleitet, zu dem die Sache ihrem Gegenstande und ihrer sonstigen Beschaffenheit nach geeignet ist [6b]), also bei den Untergerichten Tagfahrt zur gewöhnlichen Protokollverhandlung, resp. zur Pflegung des mündlichen Verhörs, anberaumt [7]), bei Obergerichten nach den Regeln des Verfahrens in Wechselschriften verfügt, so ferne nicht ein sonstiger Grund zur

6) Im konkreten Falle muß natürlich, was zu thun, zu leisten, zu unterlassen sei, speziell ausgedrückt werden.

6a) Beschränkt sich das Vorbringen des Beklagten auf Einwendungen, welche sich als völlig frivol darstellen, so wird unter Verwerfung derselben wie im Falle lit. b verfahren, und zwar ohne Unterschied der gerichtsablehnenden von den sonstigen Kategorieen der Einreden. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 81 f.

6b) Bl. f. RA. Bd. VI S. 93.

7) Auf diese Tagfahrt ist es dem Beklagten unbenommen, noch andere Einwendungen vorzubringen, als bereits in der vorläufigen Entgegnung enthalten sind.

kommissionellen Behandlung der Sache vorliegt. — Nach Durchführung dieser Verhandlungen hat dann auch die Erlassung des Urtheiles nichts Besonderes.

b) Läßt der Beklagte die vorgesteckte Frist verstreichen, ohne mit einer Bestreitung des klägerischen Anspruches einzukommen, so wird nun auf weiteres Anrufen des Klägers das Mandat ohne Klausel, aber auch noch ohne Beifügung der Exekutionsandrohung [8]) wiederholt [8a]). Hiermit sind nun alle Einwendungen, welche nicht ihrer Natur nach noch im Exekutionsverfahren gehört werden müssen, ausgeschlossen, und eine Nachtragung, abgesehen von Nachweisung erheblicher (d. h. eine Restitution rechtfertigender) Entschuldigungsgründe der Verspätung, nicht mehr zulässig [9]).

Das Inhäsivmandat hat die Eigenschaft eines Urtheiles und läßt demgemäß Berufung zu [10]).

8) Gegen die in Ansehung der Exekutionsandrohung abweichende Ansicht von Bayer a. a. O. §. 18 Note 3 ist zu bemerken, daß sie weder die Praxis der Reichsgerichte noch eine entschiedene Doktrin für sich hat, worauf bei einem juristenrechtlich ausgebildeten Institute besonderes Gewicht zu legen ist.

8a) Die Einleitung des Verfahrens durch ein Mandat bringt es nothwendig mit sich, daß über die der Klage zu Grunde liegenden Thatsachen, wenn der Beklagte sie nicht ausdrücklich widerspricht, nicht mehr auf Beweis erkannt werden kann. Annahme der verneinenden Einlassung kann hier als Kontumazialfolge nicht eintreten. Vgl. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 82 f. Note 3, 6.

9) Bayer und Mittermaier a. a. O. (S. 221). Es scheint angemessen, in dem wiederholten von der Klausel bereinigten Mandate den Ausschluß aller Einreden auszusprechen.

10) Die Einleitung des Verfahrens durch ein bedingtes Mandat gibt auch im Falle erfolgloser Remonstration zu keiner Berufung Anlaß, weil der Beklagte durch Vorbringen von Einwendungen den Uebergang in das außerdem geeignete Verfahren bewirken kann. S. oben lit. a.

§. 7.

Von mandatis sine clausula [1]).

Unbedingte Befehle sollen nur alsdann [2]) Plaz greifen, wenn entweder

a) „ein ganz offenbares ungerechtes und auf keinerlei Weise justifizirliches Factum vorhanden" ist, oder

b) die Sache wegen Gefahr keinen Verzug gestattet, insbesondere wenn auch Beeinträchtigung des Gemeinwesens, Störung der öffentlichen Ruhe und Sicherheit zu besorgen [3]) ist.

Unter dem „auf keinerlei Weise justifizirlichen Factum" wird eine Handlung, ein Eingriff verstanden, welcher durch den Charakter der Selbsthilfe, Eigenmacht als formell rechtswidrig erscheint, so daß eben deswegen Einreden, welche von materiellem Befugtsein des Beklagten hergenommen werden, gegen die Klage nicht wirksam sind. Als Hauptfälle lassen sich anführen das mit einer Vergewaltigung oder sonstigem offenkundigen Frevel begangene Spolium [4]) und die eigenmächtige Einziehung von Standesgehalten oder anderen in gleicher Art gebührenden Geld- oder Naturalbezügen [5]).

1) Bayer, summar. Proz. §§. 8—16. Mittermaier, gem. deutsch. Prozeß. Beitr. IV ed. II S. 204 ff.

2) Vollständige Nachweisung des Klaggrundes durch öffentliche Urkunden genügt nach bayer. Rechte nicht. S. oben S. 56.

3) Nach der Gerichtsordn. macht die Beschaffenheit der Sache, „daß das gemeine Wesen darunter leidet", — einen besonderen Fall aus, welcher aber, wie das in der Anmerk. bezeichnete Beispiel andeutet, zur Sphäre polizeilicher Einschreitung gehört.

4) Vgl. Anmerk. zu diesem §. lit. l. Vgl. oben S. 93.

5) Pfeiffer, prakt. Ausführ. Bd. I Nr. XVIII §. 3 S. 291.

Wegen Gefahr auf dem Verzuge kommen unbedingte Befehle bei Provisorien vor (s. oben S. 39 f.). Kreittmayr führt als Beispiele an: wenn der Gegentheil im Begriffe ist, den strittigen Wald umzuhauen, oder der Nachbar einen gefährlichen Bau anfängt, oder wenn die Eltern ihren Kindern die Alimente vorenthalten.

Von Erlassung eines unbedingten Befehles, ohne den Beklagten gehört zu haben, kann natürlich nur da die Rede sein, wo der Kläger sowohl den Grund seines Anspruches, als auch die besonderen Voraussezungen dieser anomalen Art richterlicher Einschreitung in der Klagschrift sofort bescheinigt hat. Aber nur Bescheinigung, Wahrscheinlichmachung ist erforderlich [5a]), indem durch das Mandat überall nur eine einstweilige Regulirung des Streitverhältnisses erwirkt werden [6]), die definitive Erledigung aber einem weiteren Verfahren vorbehalten bleiben soll. In Rücksicht auf diesen Vorbehalt ist auch, abgesehen von

„Ein zum unbedingten Mandat qualifizirtes factum nullo jure justificabile ist es ganz gewiß, wenn ein Staatsdiener, dem, so wie nach allgemeinen Grundsäzen, insonderheit auch nach den Gesezen seines Landes, nicht ohne Urtheil und Recht sein rechtmäßiges Diensteinkommen entzogen werden kann, eine solche Entziehung behauptet, und nicht nur daß ihm der angegebene Gehalt vom Staate zugesichert, sondern daß ihm solcher auch ohne vorgängigen Richterspruch vorenthalten sei, bescheinigt." — Für diese Ansicht hatte sich auch die Praxis des Reichskammergerichtes entschieden. Pfeiffer a. a. O. §. 2.

5a) Von der Bescheinigung durch Vorschlag summarisch zu vernehmender Zeugen, beziehungsweise über die Frage, ob zu dieser Zeugenvernehmung Beiladung des Gegners erforderlich? — s. Bl. f. RA. Bd. XIV S. 253.

6) Ueber das gemeine Recht vgl. Bayer a. a. O. §. 10.

den Bedenken, welche die Kompetenz des Richters und die Streitfähigkeit der Parteien betreffen; die Vertheidigung des Beklagten zwar nicht ausgeschlossen, indem auch der unbedingte Befehl die Klausel, wenn die Sache angebrachtermaßen beschaffen ist, stillschweigend in sich enthält; wohl aber in der Art beschränkt, daß Einreden, deren Geltendmachung zu einem längeren Aufenthalte des Verfahrens führen würden, zur besonderen Ausführung verwiesen werden. Auf der anderen Seite müssen Einreden, für welche mit dem Vorbringen sofort Bescheinigung [7]) geliefert wird, noch bis zur wirklichen Vollstreckung gehört werden, indem ja eine Ladung zur Vorbringung derselben, unter Vorsteckung zerstörlicher Frist, nicht stattgefunden hat [7a]).

Ergibt die Prüfung der Imploration, daß dem Antrage auf Erlassung eines unbedingten Befehles stattzugeben, oder daß dieser wegen obwaltenden öffentlichen Interesses von Amtswegen zu erlassen sei, so geschieht dies unter Androhung einer Geldstrafe, wenn dem Imploraten eine Unterlassung oder eine nicht geradezu erzwingbare Leistung aufgegeben wird, außerdem unter Androhung der Exekution. Soll der Beklagte etwas thun oder leisten, so muß der Befehl auch eine Fristbestimmung enthalten [7b]).

Wenn der Beklagte weder gehorcht noch Einwendungen vorbringt, so wird auf weiteres Anrufen des Klägers

7) Die Gleichheit der Parteirechte bringt es mit sich, daß auch für die Einreden nur Bescheinigung gefordert werde.

7a) Bayer, summar. Prozeß §. 13. Vgl. hierüber OAGE. in Nr. 826 $^{45}/_{46}$.

7b) Für diesen Fall ist in dem ebenerwähnten OAGE. (s. vor. Note) angenommen, daß gegen das einen Termin zur Parition vorsteckende Dekret so lange remonstrirt werden könne, als nicht vom Kläger contumacia und hierauf sententia paritoria erlassen worden. S. auch Bayer a. a. O.

nunmehr die Vollstreckung des Befehles verfügt, und insbesondere, bei angedrohten Geldstrafen, die Beitreibung der verfallenen unter Androhung erhöhter Buße oder Verhängung anderer Zwangsmittel angeordnet.

Bringt der Beklagte Einwendungen vor, so können diese (exc. subreptionis) entweder darauf gehen, daß die klägerischen Behauptungen ungeachtet der Bescheinigung unwahr seien, oder daß sie den Anspruch nicht begründen, oder daß es an den Voraussezungen des Einschreitens mit unbedingtem Befehle mangelt [8]); oder es werden vom Beklagten (exc. obreptionis) Thatsachen, welche Kläger verschwiegen hat, nach Art der Einreden vorgebracht. Findet der Richter die Einwendungen unerheblich oder wegen mangelnder Bescheinigung zur Berücksichtigung nicht geeignet, so wird, im lezteren Falle unter Vorbehalt der besonderen Austragung, das Mandat erneuert. Hat der Beklagte die erforderliche Bescheinigung zwar nicht sofort beigebracht, aber dieselbe unter Erbittung einer kurzen Frist anerboten, so steht nichts im Wege, diese zu bewilligen; so wie auch in dem Falle, wenn nach dem Inhalte der Vertheidigung des Beklagten die Statthaftigkeit des erlassenen Befehles nunmehr als zweifelhaft erscheint, Tagfahrt zur beschleunigten Verhandlung im mündlichen Verhöre [9]) anzuberaumen ist, nach deren Ergebniß das Mandat entweder aufgehoben, oder erneuert wird. Eine Wiederaufhebung, ohne dem Kläger Gehör über die Einwendungen des Beklagten verstattet zu haben, findet nicht statt. Zwischenerkenntnisse auf Beweis sind in dem Verfahren über Aufrechthaltung des

8) Exc. non rite formati processus.

9) Sowohl im Falle des factum nullo modo justificabile, als in dem des periculum in mora ist die Sache zum mündlichen Verhöre geeignet. S. oben S. 11.

Mandates unzulässig; wohl aber kann, wie schon bemerkt, bei minder dringender Gefahr die Bewilligung kurzer Fristen zur Beibringung angeführter Behelfe stattfinden.

Gegen ein auf einseitigen Antrag ohne Klausel erlassenes Mandat findet Berufung erst nach vorgängiger erfolgloser Remonstration statt [10]). Wird dem Antrage auf Einschreitung im Wege des unbedingten Befehls die Gewährung versagt [10a]), so ist gegen zwei in diesem Punkte gleichförmige Bescheide die Berufung zur dritten Instanz ausgeschlossen [11]).

§. 8.

Insinuirung der Citation.

Die Gerichtsordnung überläßt die Insinuation der erwirkten Ladung dem Kläger. Die Insinuation durch die Parteien ist jezt nicht mehr üblich; vielmehr besorgt das Gericht dieselbe durch den verpflichteten Gerichtsboten [1]), so ferne die zu citirende Partei im Gerichtsbezirke sich be-

10) Ges. v. 17. Nov. 1837 §. 55. Vgl. unten Kap. XV §. 9, II.

10a) Dies geschieht stillschweigend dadurch, daß der Richter die Klage zur Verhandlung aussezt, in welchem Falle keine Remonstration, sondern selbständige Berufung stattfindet. Bl. f. RA. Bd. XV S. 126.

11) Nov. v. 1837 §. 54 Nr. 1 vgl. mit §. 52 Nr. 3. Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV S. 320.

1) Verordn. v. 25. Januar 1802, die Einrichtung der Landgerichte betr. (Regierungsbl. S. 217), §. 11. Aushändigung an den Gemeindevorsteher des Wohnortes der geladenen Person kann weder für sich als wirksame Insinuation gelten, noch durch die Angabe jener Mittelsperson über die Zeit der Zustellung an den Geladenen die dienstliche Aussage des Gerichtsboten ersezt werden. Bl. f. RA. Bd. XVII S. 391 f.

findet [2]). Befindet sie sich in einem andern Gerichtsbezirke des Inlandes, so erfolgt die Insinuation auf vorgängige Requisition des Gerichtes (§. 2 oben) durch den dortigen Gerichtsboten.

An Personen im Auslande geschieht die Insinuation entweder durch die Partei, wenn sie verlangt, daß ihr dieselbe überlassen werde, oder mittelst der Requisition dortiger Gerichte, der Regel nach durch Vermittelung diesseitiger Obergerichte [3]), oder mittelst der Post gegen Auf-

2) Es handelt sich hier von Insinuation der auf die Klage an den Beklagten zu erlassenden Ladung. Was die Insinuation der späteren, im Laufe des Prozesses ergehenden Verfügungen betrifft, so kommt es unter der Voraussezung, daß der Bestimmung der GO. in Betreff der Aufstellung von Insinuationsmandataren (V § 8 Nr. 9) genügt worden, auf den Umstand, ob die zu citirende Partei im Gerichtsbezirke sich befinde, nicht mehr an. Vgl. über jene Bestimmung unten S. 270 f.

3) Nach einem Reskripte des königl. Justizministeriums vom 30. Sept. 1829 sind die Untergerichte ermächtigt, Requisitions- oder Promotorialschreiben an auswärtige Gerichte in deutschen Bundesstaaten, welchen die requirirende Behörde nahe gelegen ist, unmittelbar zu erlassen. Besondere Verträge bestehen mit dem Großherzogthum Hessen (Regierungsbl. v. J. 1818 S. 192, zufolge Minist. Reskr. vom 18. Sept. 1837 sich auch auf Rhein-Hessen mit der Bestimmung erstreckend, daß die Kommunikation mit dem General-Staatsprokurator zu Mainz zu pflegen); mit dem Königreiche Hannover und dem Großherzogthum Baden (Regierungsbl. vom angef. Jahre S. 757); mit Württemberg zufolge Min. Reskr. v. 16. April 1826 und 12. Jänner 1854 (tax-, stempel- und kostenfreie Requisitionserledigung bei allen einfachen gerichtlichen Requisitionen, welche eine Verhandlung nicht nothwendig machen, betreffend); mit Preußen v. J. 1834 (Regbl. S. 812); mit Frankfurt zufolge Min. Reskr. vom 20. Juni 1847 (Reg. Bl. Nr. 35 S. 773).

gab- und Retourrezepisse [4]), oder auf diplomatischem Wege [5]), äußersten Falles durch Ediktalladung.

An Militärs erfolgt die Insinuation, wenn sie zur aktiven Armee gehören, durch die Regiments-, Bataillons- oder Corpskommandanten, außerdem durch die Kommandantschaften. Haben jedoch dieselben bei den kompetenten Gerichten Rechtsvertreter bestellt, so ergehen die Insinuationen im Verlaufe des Streites unmittelbar an diese [6]).

Von den Vorladungen des subalternen Forstpersonals ist das vorgesezte Forstamt vollständig in Kenntniß zu sezen [7]).

Eine Ladung wird nur dann als gehörig insinuirt angenommen, wenn sie dem Vorgeladenen selbst zugestellt wurde [7a]); ist jedoch derselbe in seiner Wohnung [8]) nicht

4) Verordn. v. 15. März 1811 Regierungsbl. S. 337. Diese Insinuationsart findet z. B. an bayer. Gesandte statt; wiewohl sie hier auch durch das Justizministerium geschehen kann. — Einfache Postscheine, aus welchen weder die Indentität des Insinuandum, noch der Tag der Zustellung zu ersehen ist, genügen nicht zum Insinuationsnachweise. Bl. f RA. Bd. VI S. 144 Nr. 9. Vgl. unten Note 24a.

5) Bei Insinuationen in Länder außerhalb des Bundes ist dieser Weg der gewöhnliche. Die Expeditionen sind auf Postpapier sub sigillo volante durch das einschlägige Appellationsgericht zum Justizministerium zur weiteren Beförderung zu übersenden. Nov. zur Gerichtsordn. Bd. III S. 173.

6) Ges. vom 15. Aug. 1828, die Militärgerichtsbarkeit in bürgerl. Rechtssachen betr. (Gesezbl. S. 41), §. 4.

7) Verordn. vom 20. Sept. 1810 Regierungsbl. S. 799. Diese Vorschrift wird analog auf das Personal der königl. Zoll-, so wie der königl. Berg- und Hütten- und Hauptsalzämter und des Post- und Eisenbahn-Dienstes angewendet.

7a) Ist ein Anwalt zur Vertretung des Geladenen aufgestellt, so geschieht die Zustellung an den Anwalt, so ferne nicht die Partei

anzutreffen, so kann die richterliche Verfügung der Ehefrau, den erwachsenen Kindern [8a]) oder Domestiken (einbegriffen Hausverwalter, Gewerbsgehilfen, Commis u. dgl.) giltig insinuirt werden [8b]). Das Gesez macht dabei keinen Unterschied, ob Derjenige, an welchen die Insinuation geschehen soll, längere oder kürzere Zeit vom Hause abwesend ist; wohl aber sezt es dabei das häusliche Zusammenleben einer Partei und ihrer Angehörigen voraus. Auch kann diese Vorschrift auf andere Genossen der häuslichen Gemeinschaft, als die vom Gesez ausdrücklich bezeichneten, nicht ausgedehnt werden [9]).

am Gerichtssize, der Vertreter aber auswärts wohnt. Zustellung an die Partei, wo ein Anwalt aufgestellt worden ist, mag bei Frist- oder Termins-Versäumnissen wenigstens die Restitutionsgewährung motiviren. Bl. f. RA. Bd. II S. 299 vrgl. mit Bd. VI S. 316.

8) Hier hat die Insinuation zu geschehen. Also z. B. wenn ein Gutsherr in der Stadt wohnt, nicht auf dem Lande, an einen Verwalter, Schreiber oder andern Diener, wenn dieser nicht zum Insinuationsmandatar speziell bestellt ist. Verordn. vom 3. Juni 1778 Mayr. Gen Samml. Bd. II S. 1390. Der Person selbst, an welche die Ladung gerichtet, kann die Insinuation auch außer ihrer Wohnung geschehen (Seuffert's Archiv Bd. II S. 414); jedoch ist sie solche an drittem Orte anzunehmen nicht verbunden. —

8a) Darunter sind nicht blos großjährige zu verstehen. Bl. f. RA. Bd. XV S. 192. v. Stürzer CRV. S. 508 deutet das „erwachsene" als „mindestens mündige".

8b) Vgl. Bl f. RA. Bd. VI S. 142 Nr. 3. Kann glaubhaft gemacht werden, daß ungeachtet dieser Insinuation der Geladene von der Ladung keine Kenntniß erhalten habe, so mag sich die Sache zur Restitutionsgewährung eignen.

9) Wenn daher z. B. die Insinuation dem in demselben Hause als Winkelsizer wohnenden Vater des Beklagten geschieht, so

Bei Advokaten geschieht die Insinuation auf deren Büreaux an deren Konzipienten oder Schreiber [9a]), bei Kaufleuten in deren Abwesenheit an Buchführer, Commis oder Handlungsdiener [10]), bei Gewerbsleuten an Werkführer, Gesellen oder Gewerbgehilfen, so ferne solche der häuslichen Gemeinschaft angehören [11]).

Findet der Gerichtsbote Niemand oder keine geeignete Person zu Hause, oder wird die Annahme der Ladung hartnäckig verweigert, so geschieht die Insinuation durch Anschlagung des Dekretes an die Hausthüre in Gegenwart zweier herbeigerufener Zeugen, oder durch mündliche öffentliche Verkündigung. Bei Ediktalcitationen vertritt der öffentliche Anschlag die Insinuation [11a]). Wenn die Partei gestorben ist und mehrere Erben hinterlassen hat, so ist zu unterscheiden, ob die Erbschaft schon getheilt ist oder nicht. Im lezten Falle hat die Insinuation entweder da zu geschehen, wo die Erbschaft liegt, oder da, wo der Erblasser zur Zeit seines Todes seinen Wohnsitz hatte; wobei es für

ist solche nicht für gehörig geschehen anzusehen. — Vgl. Bl. f. RA. Bd. VI S. 142 Nr. 2, 3.

9a) Ohne Rücksicht darauf, ob sie zur häuslichen Gemeinschaft gehören.

10) Jedoch nur in Handlungsangelegenheiten. Der Prokuraträger z. B. repräsentirt seinen Prinzipal wohl in Handlungsgeschäften, aber (abgesehen von seiner etwaigen Stellung in der häuslichen Gemeinschaft) nicht in anderen Angelegenheiten. Eine Insinuation, die dem Prinzipal in der Eigenschaft als Massekurator in einer Konkurssache zu geschehen hatte, kann daher an den Prokuraträger desselben giltig nicht geschehen. Oberappellationsgerichtserk. v. 9. Okt. 1826 Akt. des Apg. des Rezkr. T. 226 $^{25}/_{26}$. Bl. f. RA. Bd. VI S. 143 Nr. 4.

11) v. Stürzer, Bemerkungen S. 508.

11a) Vgl. oben §. 3 Note 1a.

Insinuationen im Sterbhause nicht erforderlich ist, daß die Zustellung gerade an einen der Erben in Person geschehe, vielmehr genügt, daß die Person, welcher zugestellt wird, zur Kategorie Derjenigen gehöre, denen insinuirt werden kann, wenn der Geladene in seiner Wohnung nicht angetroffen wird. Abgesehen von Insinuationen, welche in solcher Weise im Sterbhause geschehen können, ist die Zustellung (bei unvertheilter Erbschaft) unter Beobachtung der ebenerwähnten den Ort betreffenden Vorschrift an Einen der Miterben zu richten, welcher sodann die Uebrigen in Kenntniß zu sezen hat [12]. — Ist die Erbschaft bereits getheilt, so ist die Ladung jedem Miterben besonders zu insinuiren, falls sie nicht bereits einen gemeinschaftlichen Anwalt bestellt haben. Auf gleiche Weise ist es zu halten, wenn mehrere Streitgenossen vorhanden sind. In solchen Fällen soll jedoch der Gerichtsbote jedem Streitgenossen das Original von der Citation nur sehen und lesen und demselben eine gleichlautende Kopie davon zurück lassen [12a].

Ist die Partei eine juristische Person, so gilt Folgendes:

Bei Landgemeinden ist die Ladung an die Gemeinde-

12) Seyfart, deutscher Reichsprozeß Kap. II §. 22. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XV S. 192. Ist weder die Voraussezung des Sterbhauses gegeben, noch ein Erbe an einem der bezeichneten Orte zu treffen, so wird auch bei unvertheilter Erbschaft sämmtlichen Miterben insinuirt werden müssen.

12a) Die Praxis, bei einfachen Notifikationen, Ladungen zu Zeugenverhören u. dgl. die Mittheilung durch Kurrende ohne Hinterlassung einer Abschrift zu bewirken, ist nicht zu billigen, indem sie insbesondere bei Abwesenheit des Adressaten die richtige Notifikation zweifelhaft läßt.

verwaltung zu richten, aber dem Vorsteher einzuhändigen [13]), bei Stadtgemeinden an den Magistrat [14]).

In Angelegenheiten des Fiskus ergeht mit Umgehung von Insinuationsmandataren die Ladung unmittelbar durch die Post an die Fiskalate [15]).

Wenn ein Dekret an eine Stiftung oder Korporation gerichtet ist, so hat die Insinuation an deren Syndikus oder Anwalt und, in Ermangelung eines solchen, an den Vorsteher der Korporation oder die Verwaltungsbehörde der Stiftung zu geschehen. Dekrete an Personen, die durch Vormünder oder Kuratoren vor Gericht vertreten werden (Kap. III §. 6 oben), sind diesen Kuratoren zu insinuiren.

Insinuationen richterlicher Verfügungen, welche an einem Sonn- oder kirchlichen Festtage geschehen, sind nach einer Entscheidung des obersten Gerichtshofes als rite geschehen anzunehmen [16]).

13) Verordn. vom 24. Sept. 1818, die Geschäftsführung der Verwaltungen in den Ruralgemeinden betr. (Regierungsbl. S. 1111), §. 11.

14) Verordn. v. 21. Sept. 1818, die Geschäftsführung der Magistrate betr. (Ebd. S. 1051), §. 17. Die Magistrate haben Insinuationsmandatare aufzustellen, so ferne solche überhaupt erforderlich sind. Nov. Bd. IV S. 173.

15) Lithograph. Reskr. des k. Justizminister. v. 17. Mai 1823, 29. Mai 1831, Insinuationsmandatare der Kreisfiskalate btr. In Fällen, wo zur Bescheinigung der Insinuation ein Rezepisse erforderlich ist, haben sich die Fiskalate der Ausstellung desselben nicht zu entschlagen. Das Formular des Empfangscheins pflegt dem Erlasse sogleich beigelegt zu werden.

16) Bl. f. Rechtsanw. Bd. IX S. 91 f. Vgl. indessen die ebd. in Noten des Herausgebers und früher in Bd. IV S. 51 u. S. 111 geäußerten Bedenken. Vgl. auch Seuffert's Archiv Bd. VI S. 381.

Was den Beweis der geschehenen Insinuation anlangt, so werden in der Regel keine eigene Rezepisse zu den Akten gebracht. Eine Ausnahme tritt ein, wenn der Extrahent selbst die Insinuation zu besorgen hat, oder wenn derselbe ausdrücklich auf seine Kosten ein solches begehrt, oder endlich wenn sich das Gericht durch besondere Gründe veranlaßt findet, ein solches zu verlangen [17]). In diesem Falle muß der Citirte bei 3 Rthlr. Strafe, im Falle fortgesezter Weigerung bei einer noch höheren Strafe ein eigenhändig unterschriebenes Rezepisse ausstellen.

Das regelmäßige Beweismittel für die Richtigkeit der geschehenen Insinuation [17a]) bilden nunmehr die Insinuationsbücher der Gerichtsboten [18]), worüber folgendes Nähere zu bemerken ist:

17) Verordn. v. 12. Sept. 1820, abgedr. in den Nov. zur Gerichtsordn. Bd. IV S. 167. Durch Min. Reskr. v. 24. Dez. 1841 (Nr. 1809) ist angeordnet, daß auf der Außenseite der zu insinuirenden gerichtlichen Dekrete aller Art der Tag der Zustellung, in Buchstaben ausgedrückt, von dem betreffenden Boten mit Adhibirung seiner Unterschrift zu sezen ist. — Vgl. über zweckgemäße Einrichtung der Insinuationsnachweise — E. Zink, kurze Anleitung zur Anfertigung schriftlicher Vorträge S. 178 f.

17a) Ueber den Gerichtsmißbrauch, das Mundir- oder Expeditions-Zeichen als Surrogat des Insinuations-Nachweises gelten zu lassen — s. Zink a. a. O. S. 179.

18) Angeführte Verordn. v. 12. Sept. 1820. Gans, Zeitschrift für Civil- und Kriminalrechtspflege Bd. I H. 1 S. 7. v. Zu-Rhein, Beiträge zur Gesezgebung H. 1 S. 115, woselbst die Ausstellung von Rezepisse als das gewöhnliche Beweismittel für die Insinuation angegeben wird. Allein die Gerichtsordn. a. d. St. Nr. 8 ordnet eine solche nur auf ausdrückliches Begehren an. Daran hat sich auch stets die Praxis gehalten. Bei der schriftlichen Zufertigung der Urtheile an die Parteien

1) Bei einem jeden Gerichte soll ein eigenes Insinuationsbuch angelegt und im amtlichen Botenzimmer aufbewahrt werden.

2) In dieses Buch hat der Bote, so oft ihm ein Dekret zur Bestellung übergeben wird, einzutragen a) den Tag des Empfanges, b) die Nummer der Entschließung [18a]), c) den Namen des Adressaten.

3) Ist die Insinuation wirklich besorgt worden, so hat der Bote sogleich nach seiner Zurückkunft eigenhändig im Buche zu bemerken a) den Tag, wohl auch die Stunde der geschehenen Insinuation, b) die Person, an welche [18b]), und c) den Ort, wo dieselbe bewirkt worden ist [18c]).

4) So oft sich Anstände über die Insinuation ergeben, oder deren Nachweis wegen Einleitung des Kontumazialverfahrens oder wegen Einhaltung einer Nothfrist,

oder deren Anwälte ist durch das Gesez vom 17. Nov. 1837 §. 64 eine hinreichende Bescheinigung vorgeschrieben. Vgl. unten zu Kap. XIV §. 8.

18a) Da die Nummer der Entschließung häufig verschrieben wird, so sollte auch das Rubrum und Datum derselben in das Buch eingetragen werden. Die Wichtigkeit des Insinuationsbuches erfordert diese Maßregel, ohne welche bei stark beschäftigten Gerichten sich täglich Anstände über den Insinuationsnachweis ergeben.

18b) Ist die Person, welcher insinuirt worden ist, nicht der Adressat selbst, so muß auch die Eigenschaft dieser Person und der Grund, warum ihr und nicht dem Adressaten insinuirt worden, angegeben werden.

18c) Die unter Ziff. 3 bezeichneten Einträge sollen von Denjenigen, welche die Insinuation bewirkt haben, eigenhändig geschehen, also von den einzelnen Gerichtsboten und Botengehilfen. Außerdem ist das Buch ein referens sine relato, und erfordert stets die Einsicht anderer Bücher, welche nur als Vormerkungen dienen sollten.

z. B. in Bezug auf Verwahrungen, erforderlich erscheint, ist ein Botenbuchsextrakt zu den Akten zu bringen [19]).

5) Das Zeugniß des Gerichtsboten in dem Botenbuche oder in dem ordnungsmäßig verfaßten Extrakte macht vollständigen Beweis. Der Gegenbeweis wird jedoch nicht ausgeschlossen, vielmehr die Partei, an welche die Insinuation geschehen sein soll, nicht nur zur Erbringung eines Gegenbeweises, sondern auch ohne diesen darüber, daß die Zustellung nicht oder nicht rechtzeitig geschehen, zum Reinigungseide gelassen, wenn entweder

a) die Insinuation nicht dem Citirten selbst unter die

19) Bleibt es zweifelhaft, ob die Insinuation vorschriftsmäßig geschehen, so ist solche zu erneuern — Mevius P. IV dec. 294. Eine Zustellung durch Personen, welche nicht das Gesez selbst als zulässige Mittelspersonen bezeichnet, ist, als gerichtliche Zufertigung betrachtet, völlig unwirksam, sollten auch die Beauftragten ihren Auftrag genau vollzogen und die schriftliche Zufertigung ohne Verzug in die Hände des Adressaten gebracht haben. — Eine Zustellung auf diesem Wege eröffnet keinen Fristenlauf; wenn der Adressat sie dennoch honorirt, so ist dieses nur ein Akt des freien Willens. Vgl. Bl. f. RA. Bd. VII S. 401 f.; wo indessen am Schlusse bemerkt ist: Anwälte und Parteien mögen wohl beachten, daß die von uns vertheidigte Ansicht in den Gerichten manche Gegner hat, und daß demnach die Klugheit fordert, das zu Besorgende innerhalb der vom Tage der wirklichen Zustellung berechneten Frist zu thun, resp. den durch die richterliche Verfügung vorgesteckten Termin nicht zu versäumen. — Hat der Adressat im einzelnen Falle die Richtigkeit der durch eine Mittelsperson geschehenen Insinuation durch Ausstellung eines zur Einlieferung an das Gericht bestimmten Rezepisse freiwillig anerkannt, so wird er sich später auf den fraglichen Mangel des Insinuationsaktes nicht mehr berufen können. — S. auch Bl. f. RA. Bd. XVII S. 391—3 und Seuffert's Archiv Bd. VI S. 381.

Augen, sondern nur in seiner Abwesenheit zu Hause geschehen ist, oder

b) gegen die Aussage des Boten starke Muthmaßungen obwalten; z. B. wenn der Gerichtsdiener die Einträge des Botenbuches aus den Aufzeichnungen seiner Gehilfen gemacht hat, und diese Aufzeichnungen nicht mehr vorhanden sind [20]).

Die Gerichtsordnung und mehrere spätere Verordnungen [21]) bestimmen, daß, wenn die Parteien am Orte des Gerichtes nicht wohnhaft sind, dieselben, der Kläger sogleich mit der Klage, der Beklagte mit der ersten Erklärung darauf, und in gleicher Art die Intervenienten, einen Mandatar zur Empfangnahme der Insinuationen zu bestellen haben, bei Vermeidung einer Strafe von 3 Rthl. und unter dem Präjudize, daß entweder keine Resolution erfolgt, in so ferne dies Demjenigen, der den Mandatar zu bestellen hat, zum Nachtheile gereicht, oder die Verfügung an einen von Amtswegen aufgestellten Mandatar wirksam insinuirt wird [22]).

Ueber diese Vorschrift ist folgendes Nähere zu bemerken [22a]):

20) Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 96. Ist das Botenbuch nicht der Vorschrift gemäß geführt, so bedarf es zur Entkräftung des Reinigungseides nicht. — Völlig unkräftig ist ein Insinuationsdokument, wenn es den Gerichtsboten selbst als Zusteller angibt, die Zustellung aber in der That durch einen Anderen geschah. Seuffert's Archiv Bd. I S. 131.

21) R. v. 23. Jan. 1775 (Mayr Gen. Samml. Bd. I S. 87), v. 16. Aug. 1779 (ebd. S. 154), v. 12. Febr. 1790 (ebd. Bd. V S. 13).

22) Vgl. die in der Novellensammluug Bd. I S. 236 ausgezognen Vorschriften.

22a) Ueber Restitutionsgesuche auf Grund von Versehen des Insinuationsmandatars s. unten Komment. zu Kap. VII §. 10.

1) Die in Frage stehende Bestimmung ist eine allgemeine und gilt insbesondere auch für Adelige [23]).

2) Der legitimirte Anwalt einer Partei bedarf einer besonderen Bevollmächtigung zur Aufstellung eines Insinuationsmandatars nicht, indem Derjenige, welcher zu einer Handlung gesezlich verpflichtet ist, hiezu auch eo ipso ermächtigt ist [24]).

Wenn eine Partei (oder deren legitimirter Anwalt) erklärt, das Gericht möge die Insinuanda nur der Post (als dem erwählten Insinuationsmandatar) übergeben, so gilt dies nach dem Gerichtsgebrauche als Erfüllung der betreffenden Vorschrift, mit der Wirkung, daß der Aufgabstag als Insinuationstag angesehen wird [24a]).

3) Das Insinuationsmandat äußert so lange seine Wirksamkeit, d. h. es kann dem bestellten Mandatar so lange giltig insinuirt werden, bis die Auflösung des Mandates dem Gerichte angezeigt worden ist [25]). Insbesondere

23) Die k. allerhöchste Entschließung vom 22. Jan. 1808 (Regierungsbl. S. 555) bezieht sich nur auf die Insinuation solcher Fertigungen, welche von den administrativen Landesstellen ex officio an adelige Landsassen gelangen, und findet auf Insinuationen gerichtlicher Verfügungen in Privatrechtsstreiten keine Anwendung. Bl. f. RA. Bd. VI S. 143 Nr. 6.

24) Oberappellationsgerichtserkenntn. v. 3. Jan. 1829. Akt. des Appellationsger. des vorm. Rezatkr. S. 337 $^{21}/_{22}$. Bl. f. RA. Bd. VI S. 143 Nr. 7.

24a) Bl. f. RA. Bd. VI S. 144 Nr. 8; Bd. XV S. 288 Nr. 5; Bd. XVII S. 238. Abgesehen von der Bezeichnung der Post als Insinuationsmandatar von Seite der Partei (resp. des Anwaltes) kann nicht der Aufgabs-, sondern nur der nachgewiesene Empfangstag als Insinuationstag gelten. Bl. f. RA. Bd. XV S. 287 f. — Bedenken über die Zulassung der Post als Insinuationsmandatar s. bei Zink a. a. O. S. 181.

25) Oberappellationsgerichtserkenntn. v. 3. Jan. 1829. Akt. des

ist daher auch, wenn in einer erneuerten Klage ein anderer Insinuationsmandatar nicht benannt wurde, anzunehmen, daß es bei der in der früheren Klage geschehenen Insinuationsmandatarsbestallung gelassen werden wollte.

4) Da nach allgemeinen Rechtsgrundsäzen Niemand zugemuthet werden kann, daß er ohne einen besonderen Verpflichtungsgrund einem Anderen unentgeldlich Dienste leiste, so kann einem Insinuationsmandatar eine Gebühr für seine Mühewaltung nicht abgesprochen werden.

Diese Gebühren gehören zu den außergerichtlichen Kosten, und der Insinuationsmandatar, resp. ein als solcher bestellter Rechtsanwalt, kann nicht verlangen, daß seine Insinuationsmandatarsgebühren und Auslagen von Amtswegen festgesezt werden [26]).

5) Durch eine allgemeine Gerichtsobservanz ist die Verbindlichkeit der vorschußweisen Erlegung der die Mandanten eines Insinuationsmandatars treffenden Gerichtsgebühren für die gerichtlichen Ausfertigungen eingeführt. Wer ein Insinuationsmandat übernimmt, hat daher auch dieser Verbindlichkeit zu genügen [27]).

angeführten Appellationsger. V. 337 $^{21}/_{22}$. Bl. f. RA. Bd. VI S. 143 Nr. 5. Nach einem neueren OAGE. gilt obiger Saz auch für Insinuationen nach dem Tode des Mandanten. Bl. f. RA. Bd. XI S. 202.

26) Bl. f. Rechtsanw. Bd. II S. 221. S. jedoch Note 27.

27) Oberappellationsgerichtserkenntn. v. 16. Jan. 1830. Akt. des Appellationsger. des vorm. Rezatkr. K. 915 $^{28}/_{29}$. Obiges gilt auch von den als Insinuationsmandataren bestellten Anwälten. Bl. f. RA. Bd. XIV S. 400. — In einigen Gebietstheilen (namentlich in Unterfranken) sind die Gebühren der Insinuationsmandatare durch Observanz festgestellt und betragen für jede einfache Bestellung 12 kr., und wenn sie

Die in der Gerichtsordnung noch erwähnte Insinuation durch Notare ist nicht mehr üblich.

§. 9.

Wirkung der insinuirten Citation [1]).

Wiewohl die Gerichtsordnung in Kap. III §. 9 Nr. 1 als Grundsaz aufgestellt hat, daß die Vorladung die Rechtshängigkeit der Sache nur in Ansehung des Richters behufs des jus praeventionis bewirke, während solche rücksichtlich der Parteien erst von der Zeit der Einlassung auf die Hauptsache eintrete; so wird dennoch in gegenwärtigem §. der erkannten und insinuirten Citation, neben der Prävention der Jurisdiktion auf Seite des Richters gegen andere etwa konkurrirende Obrigkeiten, auch noch die weitere Wirkung beigelegt, daß auf Seite des Vorgeladenen mala fides daraus entsteht, so wie die Verbindlichkeit, sogar auf den Fall, wenn er den Richter als inkompetent ansieht, wenigstens mit Protestation Rede und Antwort zu geben. Demzufolge und mit Rücksicht auf den Inhalt der Anmerkungen zur Gerichtsordnung Kap. VI §. 1 lit. g und auf die zur Ergänzung eintretenden Bestimmungen des gemeinen Rechtes sind als Wirkungen der insinuirten Citation nachstehende aufzustellen:

I. Die Prävention unter mehreren kompetenten Gerichten [2]).

brieflich geschieht, 6 kr. mehr. In diesen Beträgen pflegt man sie amtlich zuzubilligen.

1) Franke im Arch. für die civ. Prax. Bd. XVI S. 434. — Sartorius: de litispendent. vero initio Turici 1837. — Sintenis, Erläuterungen über verschiedene Lehren des Civilprozesses Bd. I S. 92 ff.

2) Kommentar Bd. I S. 255 f. Hieher gehört auch der Fall,

II. Die Fortdauer der Gerichtsbarkeit (perpetuatio fori); diese spricht sich darin aus, daß der Rechtsstreit bei dem Gerichte, bei welchem er einmal anhängig gemacht worden, fortgesezt werden muß, und der Beklagte von demselben Kläger wegen derselben Sache vor einen anderen Richter nicht gezogen werden kann [3]), so daß selbst nachherige Veränderungen, wodurch der Beklagte aufhört, einem bestimmten Gerichte erster Instanz untergeordnet zu sein, nicht mehr in Betracht kommen [4]).

III. In Ansehung der Frage, wann die Unterbrechung der Extinktivverjährung eintrete, hat sich der oberste Gerichtshof für die Ansicht entschieden, die Unterbrechung erfolge nicht erst mit Zustellung der Ladung, sondern schon durch Anstellung der Klage [5]).

IV. Es tritt die Litispendenz ein, wovon die Folge ist:

wenn der eine Kontrahent den anderen bei dem Gerichte A belangte, und bald darauf der Leztere den Ersteren aus demselben Vertrage bei dem Gerichte B verklagt. Beide Sachen gehören zusammen. An welches Gericht? die Prävention entscheidet.

3) Daß derselbe Beklagte wegen derselben Sache von einem anderen Kläger auch bei einem anderen Gerichte belangt werden könne, z. B. bei dem Gerichte seines Wohnortes, während er schon früher wegen derselben Sache auf dem Wege der Widerklage bei dem Gerichte belangt worden ist, bei welchem er als Kläger aufgetreten war, unterliegt keinem Zweifel. Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 40.

4) Bl. f. RA. Bd. XVII S. 71 f. Ueber den Einfluß eingetretener Veränderungen in der Territorialgerichtsverfassung oder sonstiger staatsrechtlicher Veränderungen vgl. Komment. Bd. I S. 289 f.

5) Bl. f. RA. Bd. XIX S. 273. Durch Abweisung in der angebrachten Art wird die Unterbrechung nicht rückgängig.

1) alle Attentate und Innovationen, d. h. alle einseitige Veränderungen der faktischen Verhältnisse, insbesondere des Besizstandes, sind untersagt, wodurch jedoch nothwendige provisorische Verfügungen (als welche auch eine Verpachtung des Streitobjektes erscheinen kann) nicht ausgeschlossen werden [6]).

2) Veräußerung des Streitobjektes nach Eintritt der Litispendenz [7]) kann Aufdringen eines neuen Gegners nicht bewirken [8]). Das gegen den Veräußernden später erlangte Erkenntniß ist auch gegen den Erwerber (ohne neuen Prozeß) vollziehbar, so ferne es über eine actio in rem (unter Beizählung der actiones in rem scriptae, der possessorischen, wie der Theilungsklagen) ergangen ist [9]).

6) Kommentar zu Kap. XV § 8 unten, und zu Kap. III §. 3 Abschn. I D. oben. Seuffert's Archiv Bd. III S. 224. Fortsezung forstwirthschaftlicher Holzfällung erscheint nicht als eine unzulässige Neuerung, indem dem Beklagten der fernere ordnungsmäßige Gebrauch der Sache keineswegs verwehrt ist. Ebd. S. 225.

7) In Bezug auf Veräußerungen des geltend gemachten Forderungs-, resp. Klagerechtes tritt diese Wirkung der Litispendenz erst mit der Kriegsbefestigung ein. Anderer Meinung ist Sintenis a. a. O. S. 178, welcher auch hier Litigiosität schon mit der Citation eintreten läßt; allein die Nov. 112 Cap. 1 spricht nicht von Cession der Klagen und ist als ein korrektorisches Gesez nicht ausdehnend zu erklären. Mühlenbruch, Cession §. 31. Auch die Clement. 2 ut lite pendente (2, 5) läßt sich für die gegentheilige Meinung nicht anführen, weil sie offenbar nur auf Veräußerungen von Seite des Beklagten Bezug hat.

8) S. oben Komm. zu Kap. III §. 9 S. 142. Von den civilrechtlichen Wirkungen des Verbotes der Veräußerung einer litigiösen Sache oder Klage, so wie deren Voraussezungen, handelt es sich hier nicht.

9) S. unten Komment. zu Kap. XIV §. 11 Abth. III und zu

3) Durch die Mittheilung der Klage wird der Beklagte bei dinglichen (und den dieser Kategorie gleichgeachteten) Klagen in bösen Glauben versezt [9a]). Welche Folgen sich daraus für die Restitutionsverbindlichkeit des Beklagten bei den verschiedenen Klagen ergeben, richtet sich nach den hierüber jeden Orts geltenden Civilrechtsnormen [10]). Dem in der Sache obsiegenden Kläger ist die Hauptsache cum omni causa zuzusprechen, d. h. mit allen Accessionen, die ihm zu Theil geworden wären, wenn der Gegner schon zu Anfang des Rechtsstreites seiner Verbindlichkeit Genüge geleistet hätte [11]); bei Zuerkennung einer

Kap. XVIII §. 5. Zimmermann im Arch. f. civ. Pr. Bd. XXXVI S. 54 f. und im Archiv für prakt. Rechtswissenschaft Bd. I Nr. X.

9a) Der Beklagte kann den ganzen Prozeß hindurch die redliche Ueberzeugung seines guten Rechtes festhalten, wird aber doch von Zeit der Insinuation des ersten Dekretes an mit einem seines Unrechtes sich bewußten Streiter bezüglich der Verbindlichkeit zu Vergütungsleistungen im Allgemeinen gleichgestellt. Dies die praktische Bedeutung des obigen, materiell der Wahrheit sehr oft nicht entsprechenden Sazes unserer Gerichtsordnung. — Man muß übrigens Bedenken tragen, diesen Saz in Anwendung zu bringen auf die Zustellung einer den Klaggegenstand so unbestimmt bezeichnenden Ladung, wie sie in Sachen des mündlichen Verhörs von manchen Gerichten erlassen zu werden pflegen, z. B. wegen Eigenthumsanspruchs.

10) Vgl. über das gemeine Recht Savigny, System Bd. VI S. 84 f.; Dollmann in den Bl. f. RA. Bd. VI S. 337 f. u. S. 352 f. —; über das bayer. den cod. civ. v. 1756 Th. II Kap. II §. 10, 11; Th. III Kap. I §. 9; in Betreff der possessorischen Klagen vgl. Gerichtsordnung III §. 4 Nr. 12, §. 5 Nr. 11. —

11) Vgl. fr. 20 de rei vind. (6, 1); fr. 31 pr. de reb. cred. (12, 1); fr. 2, fr. 3 §. 1 de usuris (22, 1).

Geldsumme mit landesüblichen (s. g. Prozeß-) Zinsen von Mittheilung der Klage und Zustellung der ersten Ladung an, ohne Rücksicht auf Dasein der civilrechtlichen Voraussezungen des Verzuges [11a]).

V. Der Beklagte ist befugt, eine Widerklage zu erheben und diese fortzuführen, wenn selbst der Kläger auf die insinuirte Klage Verzicht leistet oder solche fallen läßt [12]).

Die Wirkungen des ersten Dekretes auf die Klage treten aber nicht ein, wenn dieses die Klage zurückweist. Wurde einstweilen die Mittheilung zur Nachricht verfügt, und die Einleitung des Verfahrens von einer dem Kläger aufgegebenen Verbesserung oder Ergänzung abhängig gemacht, so ist der (rückwirkende) Eintritt der bezeichneten Wirkungen durch die Erfüllung der richterlichen Anordnung bedingt. — Durch Nichtbefolgung der auf die Klage ergangenen Ladung von Seite beider Parteien oder doch des Klägers kann das Wegfallen der angegebenen Wirkungen herbeigeführt werden. Vgl. hierüber unten §. 10, Nr. II und III.

§. 10.

Wie gegen Ungehorsame verfahren werde [1]).

Die Gerichtsordnung bestimmt in dem vorhergehenden §. 9: „daß der Beklagte sogar auf jenen Fall, wenn

11a) Vgl Seuffert's Archiv Bd. II S. 190; Bd. III S. 24 f.; Bd. V S. 341. S. auch OAGPlenarbeschluß v. 5. Juni 1844 (RegB. S. 619 f.).

12) Lauk im Arch f. die civ. Prax. Bd. XII S. 74. Vgl. Sartorius, Lehre von der Widerklage §. 42, 43.

1) Bayer, Vorträge Ausg. VIII §. 154 f. Lauk: Ueber den

er gleich den Richter pro incompetente ansieht, wenigstens cum protestatione Rede und Antwort geben, sich auch dessen sub poena contumaciae nicht weigern soll ....." Hierin, so wie in der Bezeichnung der Nichtachtung der richterlichen Ladung als Ungehorsam und in mehrfacher Erwähnung von Strafen des Ungehorsams liegt eine deutliche Anerkennung des Prinzips, nach welchem die speziellen Folgen des Nichtachtens richterlicher Ladungen in der Regel [1a]) als Strafen oder doch strafähnliche Nachtheile aufzufassen sind. Kreittmayr bezeichnet in den Anmerkungen den Ungehorsam geradezu als Delikt. — Auch in der neuesten Gesezgebung erscheinen insbesondere die Folgen der Nichtbefolgung richterlicher Aufforderung zur Pflegung des ersten Verfahrens großentheils nicht als Ergebnisse eines anzunehmenden Verzichtes, sondern als Rechtsnachtheile des Ungehorsams.

Was nun

I. den Ungehorsam des Beklagten in Beantwortung

Ungehorsam in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Würzb. 1827. Sintenis, der Ungehorsam der Parteien in bürgerl. Proz. Zerbst 1828. Ders., Erläuterungen über verschiedene Lehren des Civilprozesses Bd. I S. 294. Brandis, über den Zeitpunkt, in welchem die Nachtheile des Ungehorsams eintreten. Jena 1834. Sartorius in der Gießener Zeitschrift Bd. XVII S. 1 f.; Bolgiano, ebd. N. F. Bd. IX Nr. 11.

1a) Wenn der Nachtheil, welchen eine begangene Versäumniß nach sich zieht, nicht den schuldigen Anwalt, sondern die schuldlose Partei trifft, so ist das freilich eine ganz anomale Art der Strafverhängung. — Die Verhängung des Präjudizes der negativen Einlassung sieht nicht wie Bestrafung des Ungehorsamen, sondern vielmehr seines Gegners aus.

der Klage, dessen Nichtachtung der ihn hierzu auffordernden Ladung betrifft, so bestimmte

1) die Gerichtsordnung (in dem hier erläuterten §en) hierüber, wie folgt: Wenn der Beklagte binnen der ersten anberaumten Frist mit der Antwort auf die Klage nicht einkam, so hat der Kläger ein Kontumazialanrufen zu überreichen und um wiederholte Ladung des Beklagten zur Abgabe der Vernehmlassung zu bitten, unter Androhung eines von ihm (Kläger) zu beantragenden Kontumazialweges. Dieser Kontumazialwege gab es drei, nämlich

a) Androhung einer Geldstrafe;

b) Annahme der verneinenden Streiteinlassung unter Ausschließung des Beklagten mit seinen Einreden, und Zulassung des Klägers zum Beweise;

c) Annahme der Klage für liquid und einbekannt, und sofortige definitive Verurtheilung des Beklagten.

Die lezte Kontumazialfolge hat nach der Gerichtsordnung nur in den Fällen statt, wo sich die Klage lediglich auf briefliche Urkunden gründet und aus denselben allein ohne andern Beweis entscheiden läßt [1b].

1b) Aus dieser Bestimmung erhellt, daß es auch im Sinne der GO. nicht angeht, die Vorschrift des Kap. XI §. 7 Nr. 1, 2 in der Art auf das Vorverfahren zu beziehen, daß bei partieller Nachweisung des Klagegrundes durch vorgelegte Urkunden im Falle gänzlichen Ungehorsams des Beklagten der Rechtsnachtheil der fingirten Anerkennung (ohne Voraussezung ausdrücklicher Androhung) einzutreten habe. Ueberall, wo die Voraussezung des dritten Kontumazialweges nicht gegeben war, sollte nur einer der beiden ersten betreten werden können. Es wäre die ärgste Versündigung gegen fundamentale Redaktionsregeln gewesen, wenn Kreittmayr das Präjudiz der fingirten Urkunden-Anerkennung für Fälle der bezeichneten Kategorie im Sinne gehabt und diese Intention bei Redi-

2) Das Gesez vom 22. Juli 1819 §. 6 hat verordnet, daß gegen den Ungehorsamen nur die oben angegebene zweite Folge eintreten, daher die Klage für abgeläugnet gehalten, der Beklagte seiner Einreden verlustiget, und der Kläger zum Beweise der Klage zugelassen werden soll [1c]). Gegen Vormünder oder Kuratoren oder Administratoren des Stiftungs- und Gemeindevermögens und deren Anwälte, dann die k. Fiskale kann statt des Rechtsnachtheils in der Hauptsache auf eine Geldstrafe [2]) angetragen werden, womit jedoch nach zweimaligem Ungehorsam bei Androhung der dritten Geldstrafe eine Anzeige an die Behörde des Säumigen zu verbinden ist, damit dieselbe

girung des §. 10 Kap. V verheimlicht hätte. Es mußte daher (schon nach dem Rechte der GO.) die durch den Zusammenhalt mit der lezterwähnten Stelle Nr. 5 als nothwendig erhellende beschränkende Auslegung der Vorschrift Kap. XI §. 7 Nr. 2 Plaz greifen, nämlich in der Art, daß dieselbe nur da zur Anwendung kommt, wo der Beklagte sich zwar in der Hauptsache (nicht blos mit Voreinreden) erklärt, aber versäumt hat, sich über die zur Begründung oder Kolorirung vorgelegten Urkunden zu erklären. Vgl. unten Komment. zu Kap. VI §. 1 Abth. 1 lit. e.

1c) Auch von dieser Vorschrift ist zu bemerken, daß es eine unbegreifliche Redaktions-Leichtfertigkeit gewesen wäre, die Einwirkung der Bestimmung der GO. XI §. 7 Nr. 1, 2 auf den Fall gänzlichen Ungehorsams, wenn solche in der Intention der Urheber der Novelle gelegen gewesen wäre, hier mit Stillschweigen zu übergehen. Bei der Stelle des alleg. §. 6: „und der Kläger zum Beweise seiner Klage zugelassen" — war offenbar vorausgesezt, daß die ebenerwähnte Bestimmung der GO. sich auf den fraglichen Ungehorsamsfall nicht beziehe.

2) Die nachläßigen Vertreter haben diese Geldstrafe aus ihrem eigenen Vermögen zu tragen und dürfen sie ihren Pflegbefohlenen oder Verwaltungen nicht aufrechnen. Gönner, Kommentar zum Ges. vom 22. Juli 1819 S. 109.

gegen dessen anhaltende Nachlässigkeit die geeigneten Maßregeln ergreifen könne.

3) Das Gesez vom 17. Nov. 1837 hat in §. 18 bestimmt, daß, wenn der Beklagte in dem gewöhnlichen Verfahren auf die ihm gehörig behändigte wiederholte [2a]) Ladung nicht erscheint, oder eine Antwort auf die Klage innerhalb der dafür anberaumten Frist, oder in dem dafür angesezten Termine nicht gibt, derselbe mit allen seinen Einreden ausgeschlossen, und

a) die Klage, wenn dieselbe durch Urkunden begründet, diese dem Richter entweder in Original oder in beglaubigter Form vorgelegt und dem Beklagten bei der Ladung abschriftlich mitgetheilt worden, als liquid und eingestanden angenommen, in jedem andern Falle aber

b) nach Vorschrift des Prozeßgesezes vom 22. Juli 1819 §. 6 Abs. I verfahren werden soll [2b]).

2a) Prozeßnovelle von 1837 §. 17 Nr. 2: „die Mittheilung der zulässig befundenen Klage geschieht an den Beklagten zunächst nur unter monitorischer Ladung . . . . ." Vgl. unten Note 7a. Ueber den Fall, wenn der Beklagte an dem durch die erste (monitorische) Ladung anberaumten Tage erschienen ist, aber nach zufolge §. 17 Nr. 3 lit. d der Nov. v. 1837 erfolgter Belehrung sich wieder, ohne zu antworten, entfernt hat, s. unten Note 4a und Komm. zu Kap. VI Vorbemerkung Note 3.

2b) In jedem andern Falle (gänzlichen Ungehorsams) kann daher auch (in Bezug auf beigelegte Urkunden) nicht von Verwirklichung des in der GO. Kap. XI §. 7 Nr. 2 bestimmten Rechtsnachtheils die Rede sein. Vgl. die Noten 1b u. c. Durch die Verweisung auf den §. 6 des Prozeßgesezes von 1819 ist die Hereinziehung der ebenerwähnten Stelle der GO. unzweideutig ausgeschlossen. S. auch Volgiano vergl. Darst. S. 70.

Dieser Rechtsnachtheil ist in der Ladung ausdrücklich anzudrohen, und der Richter haftet für die aus der Unterlassung dieser Androhung entstehenden Verzögerungen und Kosten.

Dieselben Bestimmungen gelten auch mit den bereits oben zu Kap. III §. 3 Abschn. I erörterten Modifikationen im Verfahren des mündlichen Verhörs.

In Beziehung auf die im neuen Geseze §. 23 bestätigte Anordnung der Novelle vom J. 1819 rücksichtlich der Geldstrafen gegen die Vertreter Minderjähriger und ihnen gleich Geachteter, hat die Anzeige an die Behörde des Säumigen schon bei Androhung der zweiten Geldstrafe zu geschehen.

Hinsichtlich der unter a) erwähnten Kontumazialfolge ist zu bemerken, daß solche nur dann eintreten kann, wenn aus den in Original oder beglaubigter Abschrift vorgelegten (öffentlichen oder Privat-) Urkunden allein — die Klage vollständig, nicht blos in Beziehung auf einzelne Theile des Klaglibells, begründet erscheint [3]).

Der unter b) angeführte Rechtsnachtheil ist mit der Beschränkung zu verstehen, daß der Kläger nicht auch in jenen Fällen die Last des Beweises auf sich zu nehmen hat, wo sie dem Ungehorsamen sogar bei ausdrücklicher Abläugnung der Klage obgelegen hätte, z. B. bei der Negatorienklage gegen einen Nichtbesizer der Servitut [4]).

War in der wiederholten Ladung das gesezlich vorgeschriebene Präjudiz nicht angedroht, so kann, wenn der Beklagte abermals nicht erscheint, resp. die zur Einreichung der schriftlichen Vernehmlassung vorgesteckte Frist ver-

3) Lauk in v. Zu-Rhein Zeitschr. Bd. III S. 55 und Bl. f. RA. Bd. VI S. 401.

4) Gönner im Komm. zur Nov. von 1819 S. 104.

säumt [4a]), die Realisirung der Rechtsnachtheile des Ungehorsams nicht Plaz greifen, es muß vielmehr Wiederaufnahme des Verfahrens eintreten [5]). Diesem steht nicht entgegen, daß nach §. 29 der angeführten Novelle alle Fristen und Termine, die erste Vorladung des Beklagten ausgenommen, kraft des Gesezes peremtorisch sind. Hierdurch ist nur bestimmt, daß die peremtorische Eigenschaft sich von selbst versteht, wenn sie auch in dem richterlichen Dekrete nicht ausgedrückt ist, und daß der Eintritt der Nachtheile des Ungehorsams nicht durch die Beschuldigung des Gegners, resp. Erlassung des Kontumazialdekretes, bedingt ist, keineswegs aber, daß es gleichgiltig sei, ob die Ladung das Präjudiz enthalte oder nicht. S. unten §. 11 S. 288. Bei Terminsverlegungen und Fristerstreckungen braucht auf das durch das frühere Dekret angedrohte Präjudiz nicht Bezug genommen zu werden [5a]).

II. Anlangend den Ungehorsam des **Klägers** durch Ausbleiben in dem zur Verhandlung der Sache anberaumten Termine, so ist

4a) In dem Falle, wenn der in der Tagfahrt erschienene Beklagte, gleichwohl die Antwort verweigert, kommt es noch darauf an, ob die in §. 9 und 17 des Gesezes von 1837 vorgeschriebene Belehrung erfolgte, was den Mangel der Androhung in der Ladung heben würde. Vgl. hierüber unten die Einleitung zum Kap. VI.

5) Vor Erlassung des Urtheils kann diese Wiederaufnahme von dem verhandelnden Richter selbst ausgehen; nachher durch Beschwerdeführung an den Oberrichter herbeigeführt werden. Diese Beschwerdeführung ist aber an die Erfordernisse der Berufung gebunden; indem eine **unheilbare** Nichtigkeit durch die fragliche Unterlassung nicht begangen wird. — Ueber Androhung eines ungeeigneten Präjudizes s. unten S. 288.

5a) Zeitschrift f. Ges. u. Rechtspflege in Kurhessen H. I S. 47.

1) in Betreff des beschleunigten Verfahrens im mündlichen Verhöre bereits oben zu Kap. III §. 3 Abschn. I das Erforderliche angegeben worden;

2) im gewöhnlichen Verfahren trifft den ungehorsamen Kläger der Ausschluß mit der Replikhandlung [6]), was die Folge hat, daß derselbe mit Repliken (im engeren Sinne) auf die vom Beklagten vorgebrachten Einreden nicht weiter gehört wird, diese aber für abgeläugnet erachtet werden. Waren Einreden des Beklagten durch Urkunden auf die in §. 18 Nr. 1 der Novelle von 1837 bezeichneten Weise begründet, so sind diese, wenn der Beklagte darauf anträgt, dem Kläger unter Androhung des Rechtsnachtheiles der Annahme der fraglichen Einrede als liquid und zugestanden und Anberaumung einer weiteren Tagfahrt zur

6) Die Vorschrift der GO. V §. 10 Nr. 5 bezieht sich nur auf Fälle, wo noch erst die Klage gestellt werden soll, wie dies im älteren processus ordinarius (s. oben S. 1 f.) vorkam, in welchem man die Klage, vorerst anzumelden und die Klagschrift erst nach der Ladung in I mo termino zu produziren pflegte. Kreittmayr in den Anmerk. zur angef. St. Wenn für die in der I. Auflage S. 222 adoptirte abweichende Ansicht in den Bl. f. RA. Bd. X S. 89 geltend gemacht wurde, der zweite der in GO. V §. 10 Nr. 5 bezeichneten Kontumazialwege seze offenbar eine Klagschrift voraus, und es sei daher die ganze Vorschrift der Nr. 5 auch auf solche Fälle zu beziehen, in welchen es sich nicht von Kontumazirung der Klage handelt, so kommt dagegen in Erwägung, daß schon aus GO. IV §. 6 zu entnehmen, wie Exzeptionabhandlung und freisprechendes Erkenntniß vorkommen können, ohne daß vom andern Theile eine Klagschrift eingereicht war. Vgl. über die Streitfrage Bolgiano in den Bl. f. RA. Bd. XII S. 386—398 und in der vergl. Darstellung S. 86 f.; Plochmann, Einl. S. 109.

Erklärung abschriftlich (bez. im Duplikate) mitzutheilen [6a]). Vgl. übrigens unten Komment. zu Kap. VI §. 12, 16.

III. Wenn Keiner von beiden Theilen auf der anberaumten Tagfahrt erscheint, so gilt diese als vereitelt (terminus circumductus), ohne daß auf der einen oder andern Seite Rechtsnachtheile des Ungehorsams eintreten [6b]).

IV. Ueber den Ungehorsam, in so weit er die Unterlassung einer vollständigen Beantwortung des faktischen Vorbringens des Gegners betrifft, wird unten zu Kap. VI §. 1, und von dem Ungehorsam in Bezug auf an-

6a) Der §. 18 Nr. 1, auf welchen §. 20 verweist, bedingt das Präjudiz des Zugeständnisses ausdrücklich durch Mittheilung der Urkunden und Androhung des Rechtsnachtheils. — Auch bei der Vorschrift der GO. XI §. 7 Nr 2 ist Mittheilung an den Produkten (im Vorverfahren oder mit der Beweisantretung) vorausgesezt. Z. Th. abw. Bolgiano vgl. Darst. S. 39. — In der Praxis mancher Gerichte der ersten Instanz pflegt man nach Mittheilungen, welche dem Verf. zugekommen sind, die Anwendung des in der GO. XI §. 7 Nr. 2 verordneten Präjudizes hier für statthaft zu erachten, wenn gleich eine Kommunikation der zur Begründung der fraglichen Einrede vorgelegten Urkunden an den Kläger, in Folge seines Ausbleibens in der Verhandlungstagfahrt, noch nicht geschehen war. Diese Ansicht prägt sich insbesondere in dem Gebrauche aus, bei Anberaumung der Verhandlungstagfahrt beide Theile bezüglich der Schlußhandlungen, bei Vermeidung des Ausschlusses und unter Hinweisung auf §. 18, 19, 20, 21 des Ges. v. 1837 und auf GO. XI §. 7 Nr. 1, 2 zu laden.

6b) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. II S. 419. In einem vorgekommenen Falle war der Beklagte nicht, der Kläger durch einen noch nicht legitimirten Anwalt erschienen. Es wurde (vom OAG. zu Dresden) angenommen, daß eine Ungehorsamsfolge gegen den Beklagten nicht ausgesprochen werden konnte, weil „auch der Kläger nicht gehörig erschienen ist".

derweitige Prozeßhandlungen bei deren Erörterung die Rede sein.

V. Wenn Anträge über Inzidentpunkte zur Erklärung mitgetheilt werden, so kann das Präjudiz gesezt werden, daß, im Falle eine Erklärung nicht erfolge, die Zustimmung angenommen werde [7]).

VI. Eine allgemeine Folge des Ungehorsams für den Kläger sowohl als den Beklagten ist die Verbindlichkeit des Ungehorsamen, die durch seinen Ungehorsam verursachten Kosten zu ersezen [7a]), mag er auch in der Hauptsache selbst siegen (vgl. zu Kap. XVII §. 4 unten).

VII. Der Ungehorsam eines von mehreren Streitgenossen ist unschädlich, wenn es sich von einer untheilbaren Sache handelt, oder ein anderer Streitgenosse in vermutheter Vollmacht [8]) zugleich für den Abwesenden handelt [9]).

§. 11.

Von dem Kontumazialerkenntnisse, seinen Requisiten und Wirkungen.

Ein Kontumazialerkenntniß, d. h. ein Ausspruch über die Folgen des durch Versäumung einer zur Vornahme

7) Rücksichtlich des Gesuches um Restitution gegen das Versäumniß von Fristen und Terminen bestimmt es §. 38 des Ges. vom 17. Nov. 1837 Abs. 3 ausdrücklich; die Rechtsanalogie und die Natur der Sache ist für die Ausdehnung auf andere Fälle, so insbesondere auf den Kautionspunkt. Bl f. Rechtsanw. Bd. II S. 231.

7a) Daher der häufige Gerichtsgebrauch, die im §. 17 Nr. 2 der Novelle von 1837 angeordnete monitorische Ladung (s. oben Note 2a) unter der Androhung des Kostenersazes auszufertigen.

8) Gerichtsordn. VII §. 5 Nr. 4.

9) Zeitschrift für Recht und Gesezgebung in Kurhessen. H. 1 S. 90–1.

einer prozessualischen Handlung bestimmten Frist oder Tagfahrt [1]) begangenen Ungehorsams [1a]) kann von dem Gerichte

I. nicht von Amtswegen und ohne Veranlassung erlassen werden, wovon das Nähere unten zu Kap. VI §. 16.

II. Es wird vorausgesezt, daß

a) die Ladung, wo solches erforderlich (Kap. VI §. 16), die Androhung des Präjudizes enthalten habe und richtig insinuirt worden;

b) daß (ohne Erscheinen des Geladenen, resp. Abgabe des abgeforderten Schriftsazes) der peremtorische Termin, resp. die gleichartige Frist, wirklich abgelaufen sei. Bei Tagfahrten erfolgt der Ablauf mit Ende der s. g. Gerichtszeit, worunter man diejenigen Stunden des Gerichtstages versteht, welche zur Pflegung der Verhandlungen mit den Parteien, zur Abhaltung der Tagfahrten bestimmt sind, so daß vor derselben mit dergleichen Geschäften nicht angefangen, und diese mit deren Ablauf geschlossen werden [1b]). Jedermann ist gehalten, sich von

1) Hat eine solche Versäumung nicht stattgefunden, ist vielmehr die Handlung zeitig eingebracht, die vorausgegangene prozessualische Auflage aber nur nicht gehörig befolgt worden, so ist in diesen Fällen eintretender Realisirung des Rechtsnachtheils kein Kontumazialerkenntniß zu finden. Vgl. Seuffert's Archiv Bd. II S. 286.

1a) Die Fassung des Ausspruches über die Folgen des Ungehorsams geschieht, wenn nicht ohnehin die Sache zur Erlassung eines Urtheils, sondern nur zur Fortführung des Verfahrens geeignet ist, in der Form eines einfachen Beschlusses und prozeßleitenden Dekretes.

1b) Ueber die Eintheilung der Gerichtszeit in die vormittägige und nachmittägige, und das Erscheinen am Nachmittage von Seite des auf den Vormittag Geladenen s. oben Komment. zu §. 4 Nr. 4 und Note 2a. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XVI S. 58.

dem Umfange der bei dem Gerichte, wo er Geschäfte hat, bestehenden Verhandlungszeit Kenntniß zu verschaffen und sich darnach zu richten. Im Falle (nicht gehörig entschuldigten) verspäteten Erscheinens innerhalb der Gerichtszeit hat Verurtheilung in die Kosten der etwa durch die Verspätung vereitelten Tagfahrt einzutreten; zumal wenn in der Ladung eine Stunde zur Verhandlung festgesezt war [1c]).

Als peremtorisch (s. oben §. 1) sind alle Fristen und Termine erklärt, sie mögen vom Geseze oder vom Gerichte anberaumt sein, mit Ausnahme der ersten blos dilatorischen Vorladung des Beklagten zur Klagbeantwortung [2]). Vgl. unten zu Kap. VI. §. 16, III.

War das Präjudiz, wo solches erforderlich, entweder gar nicht, oder nur in allgemeinen, nichtssagenden Ausdrücken, oder in einer lateinischen, für den Adressaten der Ladung unverständlichen, Formel angedroht, so kann dasselbe nicht verwirklicht werden [3]).

Wurde ein ungeeignetes Präjudiz angedroht, oder eine zu kurze Frist vorgesteckt, so steht dem Beklagten die Befugniß, dagegen zu remonstriren, nicht nur bis zum Ablaufe der vorgesteckten Frist, sondern auch noch nachher bis zur Ungehorsamsbeschuldigung von Seite des Klägers zu [3a]).

1c) Näheres s. in den Bl. f. RA. Bd VIII S. 1 f. Vgl. ebd. Bd. XVI S. 59. — Ueber den Zeitpunkt des Ablaufes von Fristen s. unten Kap. VI §. 16 Abth. II.

2) Prozeßnovelle von 1837 §. 29.

3) Anmerk. zu gegenw. Stelle lit. b: „Es hat demnach die Generalkommination sub poena contumaciae vel praejudicii keinen Effekt, viel weniger, wann ein terminus peremtorius anberaumt wird, ohne zu sagen, was nach Ausgang desselben geschehen soll.“ Vgl. §. 10 oben S. 282 f.

3a) OAGE. v. 4. Nov. 1853 (Nr. 798 $^{51}/_{52}$). Es handelte

III. Dem gehorsamen Theil steht die Wahl des Präjudizes in so ferne frei, als er statt des Rechtsnachtheiles in der Hauptsache auf eine Geldstrafe gegen die in §. 10 (S. 280) benannten Vertreter Minderjähriger und ihnen gleich Geachteter, und eben so da, wo die poena liquidi et confessi eintreten würde, nur auf die Androhung des Präjudizes des Ausschlusses mit den Einreden (resp. den Repliken und Dupliken) und der Abläugnung der faktischen Bestandtheile der vorausgegangenen Prozeßhandlung antragen kann. In diesen Fällen ist der Richter an die Anträge der Partei gebunden; in deren Ermangelung aber hat er die dem Geseze gemäße Kontumazialfolge auszusprechen.

IV. Hat die Partei auf diese Weise ihre Wahl erklärt, so kann sie von derselben nur in so ferne abgehen, als sie bei fruchtloser Androhung der zweiten Geldstrafe und An=

sich von der Wirksamkeit eines klagmittheilenden, die Aufforderung enthaltenden Dekretes: „binnen 30 Tagen bei Vermeidung des Ausschlusses einzukommen." Die erst nach Ablauf der Frist eingereichte Remonstration wurde in II. Instanz für verspätet erachtet, was ein die Klage für abgeleugnet erachtendes, den Beklagten mit seinen Einreden ausschließendes Erkenntniß in der Hauptsache zur Folge hatte. Der oberste Gerichtshof erwog aber, daß der § 55 der Nov. 1837 keine Frist für Remonstrationen gegen Dekrete, die auf einseitigen Antrag ergangen sind, festsezt, und daß demzufolge solche Remonstrationen, so lange noch res integra, so lange nicht Kläger die Verwirklichung des angedrohten Präjudizes beantragte, zugelassen werden müßten. — Uebrigens erscheint es im Hinblicke auf §. 51 und 53 der Novelle von 1837 jedenfalls räthlich, mit der Remonstration die für Verwahrungen bestimmte Frist von 14 Tagen, oder doch die in dem fraglichen Dekrete vorgesteckte einzuhalten. Vgl. Bl. f. RA. Bd. V S. 305.

zeige an die Behörde des säumigen Vertreters nun auch auf das Präjudiz in der Hauptsache anzutragen befugt ist [4]).

V. Mit dem Ausspruche über den als Folge des Versäumnisses verwirkten Rechtsnachtheil ist da, wo nunmehr die Sache zu einem End= oder Zwischenerkenntnisse reif ist, das Urtheil in der Hauptsache selbst zu verbinden [5]), was aber sodann in dem Spruche deutlich auszudrücken ist. Ueberzeugt sich der Richter bei der zum Zwecke der Urtheilsfällung vorgenommenen Prüfung von seiner Inkompetenz, so ist er durch die gepflogenen Verhandlungen bei völligem Ungehorsam des Beklagten keinesweges gehindert, die Klage wegen Unzuständigkeit nunmehr abzuweisen. Gelangt er im Falle der Verwirkung des Präjudizes Nr. 2 (§. 18 der Nov. v. 1837) bei der Prüfung des Klagvorbringens, welche zur Feststellung des Beweissatzes eintreten muß, zur Ueberzeugung von dem Ungrunde der Klage oder von der Mangelhaftigkeit des Klagvorbringens, so kann, da die Einleitung der Verhandlung an und für sich eine unbedingte Feststellung der richterlichen Ansicht über die Klagbegründung nicht voraussezt (s. oben S. 223), das Urtheil in der Hauptsache zum Vortheile des Ungehorsamen ausfallen [5a]).

4) v. Gönner, Komment. zum Ges. v. 22. Juli 1819. S. 110.

5) Ges. v. 17. Nov. 1827 §. 33. Wenn z. B. der Beklagte sich mit der Duplik versäumt, so wird bei einem kollegialisch besezten Gerichte der Beschluß nur dahin gehen, daß der Beklagte mit der Duplik auszuschließen, und die Akten als geschlossen zum Spruche auszusezen seien; der Einzelnrichter kann mit diesem Beschlusse sogleich das Erkenntniß in der Hauptsache verbinden.

5a) Indem die Klage definitiv oder angebrachtermaßen abgewiesen wird. Natürlich kann in solchem Falle von einem Kontumazialerkenntnisse keine Rede mehr sein, und den Ungehorsamen

VI. Ein Kontumazialerkenntniß, so wie überhaupt jeder Ausspruch über die Folgen einer Fristversäumung kann von dem nämlichen Richter auf Antrag des dadurch Benachtheiligten zurückgenommen werden [6]), wenn derselbe

nur die nachtheilige Folge der Verurtheilung zum Ersaze der durch seinen Ungehorsam verursachten Kosten treffen. Bolgiano vergleich. Darst. S. 79. — S. übrigens unten Komment. zu Kap. VI §. 1 lit. b, c.

6) Bl. f. Rechtsanw. Bd. VI S. 72—4. Die Frage kommt öfter in der Art vor, daß der Richter, nach der Präsentationsvormerkung rechnend, die Frist für versäumt erachtet hat, nun aber die als ungehorsam behandelte Partei von Seite des zum Empfange der Einläufe bestellten Subalternen ein Rezepisse beibringt, welches die Rechtzeitigkeit der Einreichung beweist. — Indem der Richter auf dem Grunde des Präsentatum die Kontumazialfolge aussprach, hat er über einen Zwischenpunkt geurtheilt, über welchen (nämlich über die Berechnung der Frist nach dem Präsentatum) der für ungehorsam Erachtete noch gar nicht gehört, und sich vernehmen zu lassen noch nicht veranlaßt war. Aber auch der Gegentheil war, wenn der Kontumazialausspruch nach lit. b §. 29 der Prozeßnovelle von 1837 erfolgte, noch nicht vernommen. Die gerichtsordnungsmäßige Voraussezung der Unzulässigkeit einer Zurücknahme durch den nämlichen Richter, die dem Bescheide vorhergegangene Vernehmung beider Theile, liegt daher nicht vor. — Nicht entgegensteht, daß Kontumazialerkenntnisse in GO. XIV §. 1 als vim definitivae habentes bezeichnet und als solche den interlocutoriae simplices entgegengestellt sind. Denn diese Eintheilung bezieht sich lediglich auf den Einfluß, welchen das Zwischenerkenntniß auf die Hauptsache hat, und berücksichtigt nicht, ob Vernehmung beider Theile stattgefunden oder nicht. In einem anderen, nämlich dem hier zutreffenden Sinne ist der Ausdruck „interlocutoria simplex" im Schlußsaze des erwähnten §en und in §. 11 Nr. 3 des Kapitels XIV gebraucht; hier bezeichnet er die Bescheide, welche

a) zu zeigen vermag, daß die Frist nicht wirklich versäumt worden, der Richter also die Versäumniß nur aus Irrthum angenommen habe, und

b) vor dem Ausspruche über den Vorwurf der Fristversäumung weder gehört, noch sich vernehmen zu lassen veranlaßt war. Unter solchen Umständen ist das die Nachtheile der Fristversäumung aussprechende Dekret oder Erkenntniß nach Gerichtsordnung XIV §. 1 a. E. für keine Sentenz zu halten und kann auf Remonstration des Betroffenen zurückgenommen werden [6a]). War jedoch der

ohne Vernehmung beider Theile über den Gegenstand der Entscheidung ergangen sind, mögen sie auf die Hauptsache mehr oder minder Einfluß haben. Z. Th. abweichend Volgiano, vergl. Darst. S. 83 f.

6a) Diese Remonstration scheint nach §. 55 der Novelle von 1837 eine Voraussezung der Beschwerdeführung an den Oberrichter in dem Falle, wenn der Kontumazialausspruch auf Ungehorsamsbeschuldigung des Gegners (§. 29 der Nov. 1837 lit. a) ohne Vernehmung des angeblich Ungehorsamen erlassen wurde; wo hingegen in dem andern Falle, wenn die Kontumazialfolge aus Anlaß einer Prozeßhandlung des angeblichen Kontumax ausgesprochen wurde (§. 29 cit. lit. b.), die Betretung des Weges der Remonstration zwar zuläßig, aber nicht nöthig ist. Mit der Remonstration ist (je nachdem die Kontumazialfolge in einem appellablen, oder nicht appellablen Bescheide ausgesprochen wurde) die für Berufung, beziehungsweise Verwahrung, gesezlich bestimmte Frist einzuhalten, und eventuell für den Fall der Erfolglosigkeit Berufung oder Verwahrung sofort beizufügen oder doch vor Ablauf jener Fristen nachzutragen. Im Falle des §. 29 lit. b (auf welchen der, ein dem einseitigen Antrag willfahrendes Dekret voraussezende, §. 55 der Novelle von 1837 nicht paßt) ist dies zur Salvirung des Rechtsmittels zweifellos nothwendig, im anderen (§. 29 lit. a) bei der Verschiedenheit der Ansichten eine empfehlungswerthe

Ausspruch auf Anrufen des Gegners erfolgt, so ist dieser vorerst über die Remonstration zu hören.

Nach der Gerichtsordnung V §. 11 Nr. 7 war eine Zurücknahme des Kontumazialerkenntnisses — abgesehen von gesuchter Restitution — auch in dem Falle zulässig, wenn die Frist zwar wirklich versäumt war, der verurtheilte Theil aber zeigen kann, daß er den richterlichen Auftrag innerhalb des anberaumten Termins weder zu befolgen, noch vor Ausfluß desselben um weitere Dilation zu bitten, aus ehehaften Hindernissen verhindert gewesen sei. — Diese Bestimmung ist nunmehr durch §. 38 vgl. mit §. 29 der Prozeßnovelle von 1837 aufgehoben [7]); nach dem gel=

Kautel. Vgl. Bolgiano, vergleich. Darst. S. 81 f. S. auch Komment. zu Kap. XV §. 3 (zu Note 10 u. 23); Bl. f. RA. Bd. VII S. 289, Bd. X S. 67, 190.

7) Vgl. Bolgiano a. a. O. S. 81. Die der Ueberschrift des vierten Abschnittes der Prozeßnovelle von 1837 beigefügte Bezugnahme auf die frühere Gesezgebung bezeichnet insbesondere die §§. 10 und 11 des fünften Kapitels der Gerichtsordnung als Gesezstellen, welche ihrem ganzen Inhalte nach durch die Bestimmungen dieses Abschnittes aufgehoben, oder doch modifizirt oder erläutert sind. Demgemäß ergibt die Anwendung der allgemeinen Verfügung §. 115 des angeführten Gesezes das Resultat, daß es bei keiner der Vorschriften der bezeichneten §§. 10 und 11 sein Verbleiben habe. — Dies Resultat bestätigt sich dadurch, daß der §. 38 des neuen Gesezes ganz dasselbe Verhältniß, dieselbe Sachlage betrifft, worüber die Gerichtsordnung V §. 11 Nr. 7 verordnet hatte, und gleichwohl nicht die fernere Wirksamkeit dieser Vorschrift, sondern nur die Anwendbarkeit dessen vorbehält, was in der Gerichtsordnung Kap. VII §. 10 über Zuläſſigkeit der Restitution wegen Versehen und Versäumnisse der Anwälte bestimmt ist. — Hr. v. Stürzer hat zwar im Feuer der Debatte (Verh. der K. d. A. Bd. IX S. 204) das Gegentheil ver=

tenden Rechte kann unter solchen Umständen nur durch Restitution geholfen werden, worüber unten zu Kap. XVI §. 1 das Nähere. Vgl. auch bezüglich der Appellation gegen Kontumazialerkenntnisse Kap. XV §. 3, I Note 10.

sichert, nämlich geäußert: „ein einfacheres Mittel, um im Falle eines vorgelegenen unverschuldeten Hindernisses das Kontumazialerkenntniß wieder aufzuheben, als die Restitution im eigentlichen Sinne, gibt sogar Cod. jud. cap. V §. 11 nr. 7. An dieser gesezlichen Bestimmung ist in dem Entwurfe nichts abgeändert.“ Da sich aber diese Aeußerung mit den angeführten Stellen des Gesezes auf keine Weise vereinigen läßt, so ist keine Rücksicht darauf zu nehmen.

Sechstes Kapitel.

Von der Kriegsbefestigung oder litis contestatio, Exzeption, Replik und Duplik, dem weiteren Schriftenwechsel und den Terminen.

Sechstes Kapitel.

Von der Kriegsbefestigung oder litis contestatio, Exzeption, Replik und Duplik, dem weiteren Schriftenwechsel und den Terminen.

Vorbemerkung.

Im fünften Kapitel war von Ladungen überhaupt, insbesondere aber von der ersten Ladung die Rede, durch welche das gewöhnliche Verfahren eingeleitet wird. Das gegenwärtige sechste hat — abgesehen von der Klage — die regelmäßigen Bestandtheile dieses Verfahrens bis zum ersten Urtheile und die Vorschriften über Art und Zeit der Verhandlung zum Gegenstande.

Im gewöhnlichen protokollarischen Verfahren wird nach Vorschrift der Prozeßnovelle vom 17. Nov. 1837 §. 17 —

1) wenn für die Parteien oder mit denselben Rechtsanwälte erscheinen, von diesen die treffende Handlung zu Protokoll diktirt. Dabei ist jedoch die richterliche Prozeßdirektion keineswegs ausgeschlossen; der Instruent soll dem diktirenden Vortrage folgen, Unziemlichkeiten und Abschweifungen über unerhebliche Punkte sofort abschneiden und bei dunkeln Aeußerungen die erforderliche Verbesserung veranlassen [1]). Erscheinen

1) Vgl. Komment. Bd. I S. 384 lit d.

2) die Parteien oder eine derselben ohne Rechtsbeistand, so ist der Richter verpflichtet, von einer solchen Partei durch die Erzählung derselben und durch die Beantwortung zweckdienlicher Fragen sich eine klare Uebersicht von Demjenigen zu verschaffen, was die Partei zur Vertheidigung oder zur Verfolgung ihrer Rechte vorzutragen hat; also von dem Beklagten bestimmte Erklärung, ob er die der Klage zum Grunde liegenden Thatsachen einräume, oder nicht, — und was er denselben entgegensetze; — von dem Kläger, ob er die den Einreden und allenfalls der Widerklage zum Grunde liegenden Thatsachen einräume, oder nicht, und was er denselben entgegensetze [2]).

2) Komment. Bd. I S. 82—4, 89—90. Samhaber (das Prozeßgesez vom 17. Nov. 1837 S. 26 Note **) stellt die Ansicht auf: „wegen Gleichheit des Falles mit dem §. 9 bezüglich des mündlichen Verhörs Erwähnten dürfen auch hier nur selbständige, mit dem Richteramte bekleidete Staatsdiener dieses Verfahren leiten, worauf das Gesez selbst mit dem Ausdrucke: „Richter“ hinweise.“ — Für diese Ansicht spricht es auch, daß Hr. v. Stürzer in der Berathung über den §. 9 (Verh. der Kammer der Abgeordneten Bd. VIII S. 511) ausdrücklich erklärte, der Gebrauch des Ausdruckes „Richter“ sei signifikant, er bedeute, daß der Richter die Frage zu stellen, folglich die Verhandlung zu leiten habe. — Dagegen spricht für die gegentheilige Meinung, nach welcher im gewöhnlichen Verfahren, auch abgesehen von der Vertretung der Parteien durch Anwälte, die Leitung der Verhandlung unter Respizienz eines Richters durch einen Funktionär, Akzessisten oder geprüften Rechtspraktikanten geschehen kann: a) Schon die Novelle von 1819 hatte bestimmt, der Richter habe im Protokollarverfahren, wenn Rechtsunkundige ohne Anwalt handeln, für gehörige Ausmittlung der Streitpunkte selbstthätig zu wirken; gleichwohl begnügte sich die Praxis für dieses Geschäft mit der Respizienz einer Rich-

3) Die Erklärungen der Parteien sind sogleich, wie sie abgegeben sind, in der Ordnung, wie es der Prozeß mit sich bringt, in abgesonderten Sätzen zu Protokoll zu nehmen.

4) Die Parteien sind auch hier, am Beginne der Verhandlung, über den Rechtsnachtheil des Nichtantwortens [3]), oder des nicht bestimmten, oder nicht vollständigen Antwortens (§. 18, 19 der Novelle von 1837) ausdrücklich zu belehren [3a]). Nicht blos für den Fall des Erscheinens

teramtsperson; b) die Novelle von 1837 verfügt die Unstatthaftigkeit dieser Praxis nur bezüglich des mündlichen Verhörs; zufolge des argumentum a contrario rechtfertigt sich die Annahme, daß bezüglich des gewöhnlichen Verfahrens ihrer Fortdauer nichts im Wege steht. Vergl. oben Bd. I S. 295 f., IV.

3) Eine Belehrnng über den Nachtheil des völligen Nichtantwortens dürfte wohl, wo die Parteien erschienen sind, nur in höchst seltenen Fällen eine Bedeutung haben; z. B. wenn der Beklagte auf die erste (dilatorische) Ladung in der ersten Tagfahrt erschienen ist, jedoch sich wieder entfernt hat, ohne sich vernehmen zu lassen, nachdem ihn der Richter über die Folgen des Nichtantwortens ausdrücklich belehrt hatte. Hier trifft ihn der vom Geseze (§. 18 der Nov. von 1837) gedrohte Rechtsnachtheil, obgleich die Ladung blos dilatorisch gewesen, indem die stattgefundene Belehrung die wiederholte und peremtorische Ladung ersezt. Volgiano, vergl. Darst S. 77 und in den Bl. f. RA. Bd. XV S. 409 f. Ist im gegebenen Falle die Anwendung der Vorschrift des §. 18 Nr. 1 in Frage, so bringt es die Natur der Sache mit sich, daß die Belehrung diese Sachlage hervorhebe. Da übrigens die Bestimmungen der §. 18 und 19 der Novelle auch für die Replik und Duplik Anwendung finden (§. 20, 21), so hat sich die Belehrung auch auf diese Wirksamkeit der erstgenannten §en zu erstrecken. Vgl. unten §. 11 Note 1 a.

3a) Es genügt, wenn die Belehrung Dasjenige, was sie nach dem

ohne Anwalt ist diese Belehrung vorgeschrieben [4]); auch im Falle der Vertretung durch einen Anwalt oder der Assistenz eines solchen hat ihre Unterlassung, wenn wirklich von Seite eines nicht belehrten Theiles [4a]) gegen die angeführten Gesezesvorschriften gefehlt, und das Fehlende auch nicht nachträglich, was hier zulässig, z. B. in der Duplik ergänzt worden, eine (heilbare) Nichtigkeit zur Folge [5]). Wird der Mangel noch vor Erlassung des Urtheils wahrgenommen, so ist das Verfahren bezüglich der nicht gehörig beantworteten Punkte zu reassumiren. Folgt auf das mangelhafte Verfahren ein End- oder Beweiserkenntniß, und dieses beschreitet die Rechtskraft, so ist nunmehr der Mangel geheilt. Kommt es aber bei Ergreifung eines Rechtsmittels gegen das Erkenntniß in der höhern Instanz zur Kontestation, ob diese oder jene Thatsache wegen mangelhafter Erklärung einer nicht belehrten Partei nach Vorschrift des §. 19 für zugestanden anzunehmen sei, so kann das Urtheil des Oberrichters nicht auf Verwirklichung des in diesem §en gedrohten Präjudizes gebaut werden; es ist vielmehr die Nachtragung der fehlenden bestimmten Erklä-

Geseze enthalten soll, zwar nicht wörtlich, aber doch im Wesentlichen enthält. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 334.

4) Bolgiano in den Bl. f. RA. Bd. XV S. 406 f. und in der vergl. Darst. S. 7.

4a) Eine Nichtbelehrung, welche durch ungehorsames Nichterscheinen veranlaßt ist, kommt nicht in Betracht.

5) Dies ergibt sich aus den Ständeverhandlungen über diesen §en und §. 18, indem der k. Justizminister und der Regierungskommissär mehrfach die Nothwendigkeit dieser Belehrung hervorgehoben haben, um die gegen die Präjudiz-Androhungen der §§. 18, 19 erhobenen Bedenken zu entkräften. Vgl. Motive §. 30 Nr. 6 Abs. 4, 5 (Beil. VII S. 55); Verh. der Kammer der Abg. Bd. IX S. 120 a. E., S. 217.

rung [5a]), welche sich etwa in den Berufungsverhandlungen findet, als nicht verspätet zu beachten, außerdem aber entweder durch Ausübung des richterlichen Fragerechtes, nach Gerichtsordnung X §. 15 Nr. 7, beziehungsweise durch Anordnung einer ergänzenden Verhandlung nach Gerichtsordnung XIV §. 2 Nr. 3 zu helfen, oder das erstrichterliche Urtheil mit dem vorhergegangenen Verfahren, bis zu der mangelhaften Erklärung einschlüssig, oberrichterlich aufzuheben, und die Wiederholung mit gehöriger Belehrung anzuordnen [6]); worüber das Nähere unten zu Kap. XIV §. 2 und Kap. XV §. 5 [7]).

5) Der Rechtsstreit soll in der anberaumten Tagfahrt

5a) z. B. das erstrichterliche Urtheil beruht auf Annahme der Wahrheit einer Thatsache, über welche sich der (nichtbelehrte) Beklagte nicht bestimmt erklärt hatte. In der Berufungsschrift wird nun die fragliche Thatsache bestimmt in Abrede gestellt. — Ein Widerspruch, der selbst bei Geltendmachung der heilbaren Nichtigkeit in zweiter Instanz unterlassen wurde, kann in dritter Instanz nicht mehr nachgeholt werden. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 334.

6) Gleiche Grundsätze gelten, wenn die im §. 9 der Novelle für die Verhandlung im mündlichen Verhöre vorgeschriebene Belehrung unterlassen worden.

7) Daß die Wiederholung nicht benützt werden dürfe, um wirklich erklärte Zugeständnisse zurückzunehmen, versteht sich von selbst. Die vorausgegangene Verhandlung wurde nur in so weit aufgehoben, als hiebei die Bestimmungen der §§. 18 u. 19 hinsichtlich des Nichtantwortens oder nicht gehörigen Antwortens nicht Gegenstand richterlicher Belehrung waren. Wenn der Beklagte in der ersten Antwort auf die Klage ein förmliches Bekenntniß abgelegt hat, so steht das außer allem Bezuge zur Aufgabe der unterbliebenen Belehrung. Bl. f. RA. Bd. XIII S. 205 f.

vollständig verhandelt werden. — Nur wenn die Einreden des Beklagten oder Repliken des Klägers thatsächliche Behauptungen enthalten, welche nach dem Ermessen des instruirenden Richters von dem Gegner nicht wohl auf der Stelle beantwortet werden können, darf zur Abgabe der Replik oder der Duplik auf Kosten des Nachsuchenden neue Tagfahrt, nicht über 14 Tage hinaus, angesetzt, nie darf aber ohne ausdrückliche Einwilligung beider Theile zur Einbringung schriftlicher Handlung Frist anberaumt werden [8]).

6) Schriftlicher Rezeß statt des mündlichen darf zwar vor oder bei der Tagfahrt zu Protokoll eingelegt werden. Es wird aber durch die Einlegung des Exzeptionsprozesses der Verbindlichkeit des Beklagten, in Person oder durch einen Anwalt zu erscheinen, nicht aufgehoben. Erscheint derselbe bei der Tagfahrt nicht, so trifft ihn, im Falle der Kläger seine Replik abgibt, die Ausschließung mit der Duplik.

Hätte in dem unter Nr. 5 erwähnten Falle der Kläger schriftlichen Replikrezeß eingelegt, ohne bei der Tagfahrt zu erscheinen, so würde ihn, im Falle etwa aus-

8) Die Praxis ist in diesem Betreffe von argem Mißbrauche entstellt theils durch Kollusion der beiderseitigen Anwälte, welche ohne Rücksicht auf das Vorhandensein obiger Voraussetzung (unvorhergesehener thatsächlicher Behauptungen) ihr Einverständniß über Ansezung einer neuen Tagfahrt ad re- oder duplicandum erklären (hanc veniam damus petimuspue vicissim), theils durch die Leichtigkeit, mit welcher häufig Gerichtskommissäre einseitigen Anträgen solcher Art entsprechen, ohne es mit dem vorgeschriebenen Erforderniße genau zu nehmen. Durch diese Mißbräuche ist das s. g. mündlich-protokollarische Verfahren in der That zu einer Karrikatur des schriftlichen entartet, schleppender und kostspieliger, als das schriftliche in seiner gesezlichen Erscheinung.

nahmsweise durch die Duplik Veranlassung zur Triplik gegeben sein sollte, die Ausschließung mit der Triplik treffen.

§. 1.

Von der Kriegsbefestigung oder litis contestatio, Exzeption, Replik und Duplik, dem weitern Schriftenwechsel und den Terminen.

Die Antwort auf die Klage [1]) kann verschiedene Bestandtheile haben:

1) Die Kriegsbefestigung [1a]), litis contestatio, Ein-

1) Savigny, System Bd. V §. 225 f.; Bd. VI §. 256 f. — Goldschmidt über Litiskontestation und Einreden. Frankfurt 1812. — Linde, Abhandl. I, 1. — S. Spengel über Litisk. und Einreden. München 1827. — Albrecht, die Exceptionen des gemeinen deutschen Civilprozesses 1835. — Knappe, Versuch einer Entwickelung des Begriffes der Exzeptionen. 1835. — v. d. Pfordten in den Bl. f. RA. B. III S. 33, 65, 85, 214, 353, 376 und 385. — Der Ausdruck „Antwort auf die Klage" wird hier nicht als gleichbedeutend mit Einlassung, sondern in weiterem Sinne gebraucht.

1a) Vgl. GO. VI §. 1. Die Antwort auf die Klage soll erkennen lassen, „was der Beklagte dem Kläger in der Hauptsache einzuräumen oder zu widersprechen gemeint habe, und dieses heißt eigentlich die Kriegsbefestigung. . . . ." „Solennis et specialis wird sie genannt, wenn man sich auf alle und jede Punkte, oder Artikel der Klage entweder bejahungs-, oder verneinungsweise vernehmen läßt." — In einem anderen, die ganze Vertheidigung des Beklagten umfassenden Sinne scheint das Wort im folgenden §. 2 gebraucht zu sein: „die Kriegsbefestigung soll gleich in dem ersten vorgesetzten Termine geschehen, mithin sollen auch alle exceptiones..... zugleich und auf einmal ange-

lassung, d. h. die Erklärung des Beklagten über die Wahrheit der Thatsachen, welche der Klage zu Grunde liegen;

2) Einreden gegen den eingeklagten Anspruch, durch welche Beklagter besondere Hindernisse der Entstehung, resp. Geltendmachung des klägerisch verfolgten Rechtes, oder Gründe seiner Wiederaufhebung behauptet;

3) Einreden gegen die Beschaffenheit der klägerischen Rechtsverfolgung, durch welche Mängel in den allgemeinen Vorbedingungen der Rechtsverfolgung, in der Abfassung der Klagschrift [1b]), in der Zuständigkeit des Gerichtes, in der Fähigkeit der in dieser oder jener Parteirolle handelnden Personen, oder am eingeleiteten Verfahren gerügt werden;

4) eine Rechtsausführung gegen die Klage, durch welche Beklagter zu zeigen versucht, daß, auch unter Voraussetzung der Wahrheit aller vom Kläger behaupteten Thatsachen, die Klage dennoch wegen mangelnden Rechtsgrundes abzuweisen sei [1c]).

Diese Bestandtheile sind nun näher in's Auge zu fassen.

1.

Von der Kriegsbefestigung.

a) Eine solche ist nicht vorhanden, wenn der Beklagte den Anspruch ohne Einwendung anerkennt. Hier ist kein

bracht werden." Das von der Kriegsbefestigung Verordnete wird so aufgefaßt, daß es sich ohne Weiteres auch auf das Vorbringen von Einreden bezieht. — Vgl. über die verschiedenen Bedeutungen, welche den Worten „litiscontestatio, Kriegsbefestigung" beigelegt werden, Bayer, Vorträge ed. VII S. 326–34.

1b) Zur Würdigung der exceptio obscuri libelli s. Bl. f. RA. Bd. XVII S. 289.

1c) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. IV S. 429.

Urtheil zu fällen, sondern nur für Verwirklichung des unbestrittenen Rechtes zu sorgen. Von Streiteinlassung kann nur gesprochen werden, wenn der Beklagte sich weigert, dem Begehren des Klägers entweder überhaupt, oder in der beantragten Art zu entsprechen [2]).

b) Um in dem Vorbringen des Beklagten Einlassung und Einreden von einander auszuscheiden, muß man überall die Natur des eingeklagten Rechtes in's Auge fassen. Was sich auf die regelmäßigen thatsächlichen [2a]) Erfordernisse der Entstehung und Geltendmachung dieses Rechtes in objektiver und subjektiver Hinsicht, auf deren Dasein oder Nichtdasein bezieht, gehört zur Einlassung, alles übrige thatsächliche Vorbringen des Beklagten zum Gebiete der Einrede; z. B. das Recht, eine durch Kauf erworbene Forderung zum vollen Betrage geltend zu machen, erfordert nach gemeinem Rechte zu seiner Begründung die Thatsache, daß diesem Betrage das an den Zedenten gezahlte Kaufgeld gleichkommt. Demnach ist es Einlassung, wenn der Beklagte unter Bezugnahme auf die lex Anastasiana anführt, der Kläger habe für die Forderung weniger gegeben, als er jetzt einklagt [3]). — Das Recht, aus einem

2) Vgl. Kreittmayr zu diesem §en lit. c. Bei den judicia divisoria ist eine Litiskontestation auch dann schon anzunehmen, wenn der Anspruch auf Theilung gar nicht bestritten, sondern mit einem gleichen Antrage beantwortet wird, sollte dieser auch nicht einmal in dem der Theilung zu Grunde legenden Quotenverhältnisse von jenem differiren. Wetzell, System des ordentl. Civilprozesses Abth. I (1854) §. 14 S. 79.

2a) Auf Rechtsfragen kann sich die Einlassung nur in so ferne beziehen, als das Dasein einer in Bezug genommenen eigenthümlichen Rechtsnorm, z. B. Gewohnheit, Privilegium in Abrede gestellt wird. Martin, Lehrbuch ed. XII §. 154.

3) Bl. f. Rechtsanw. Bd. III S. 65 ff. Vgl. OAGPlenarbeschluß v. 20. April 1843. Regbl. S. 347 f.

zweiseitigen Vertrage auf Erfüllung zu klagen, setzt in der Regel voraus, daß der Kläger die ihm aus dem Vertrage obliegende Leistung bereits vollständig gemacht, oder doch anerboten habe. Wenn nun der Beklagte anführt, der Kläger sei mit der ihm obliegenden Leistung ganz oder theilweise im Rückstande, so ist dies nicht Einrede, sondern Einlassung [4]). — Fußte die Klage auf einem Geschäfte, für dessen Eingehung gewisse Formen vorgeschrieben sind, so ist die Erklärung des Beklagten, die gesetzliche Form sei nicht beobachtet worden, verneinende Einlassung [5]).

4) Bl. f. Rechtsanw. a. a. O. S. 85 ff. Von der sog. exceptio non adimpleti contractus — ebend. S. 92, 93, 214. Vgl. Bayer. LR. Th. IV Kap. 3 §. 10 Nr. 5: „Kann man sothane Uebergab (die Tradition der verkauften Sache) weder ganz, noch zum Theil andergestalt als gegen Erlag des paktirten Kauf-Schillings begehren. Ebd. §. 14 Nr. 4: „Hingegen kann er den Kaufschilling andergestalt nicht, als gegen Auslieferung der verkauften Sach begehren." — Preuß. LR. Th. I Tit. 11 §. 92: „Ist keine Zeit zur Uebergabe bestimmt, so kann der Käufer dieselbe, gegen Erfüllung der seinerseits übernommenen Verbindlichkeiten, sofort verlangen." Ebd. §. 221: „Gegen Empfang der Sache ist der Käufer das Kaufgeld sofort zu erlegen schuldig." — Indessen pflegt man doch eine Klagschrift dieser Kategorie darum nicht von der Gerichtsschwelle zurückzuweisen, weil darin von der Erfüllung der Gegenverbindlichkeiten des Klägers nicht die Rede ist; bringt der Beklagte die s. g. exceptio non impleti vor, so kann jenem Mangel in der Replik wirksam abgeholfen werden. Seuffert's Archiv Bd. III Nr. 201; Bl. f. RA. Bd. XII Erg.-Bl. S. 80 (in der letzten Zeile st. „Beklagten" l. „Klägers"). — Ueber die s. g. exceptio non rite adimpleti contractus s. unten Komment. zu Kap. IX §. 14, II.

5) Bl. f. Rechtsanw. Bd. III S. 354. Vgl. bezüglich des

c) Wurde ein Erforderniß der Begründung des eingeklagten Rechtes vom Kläger mit Stillschweigen übergangen und erst vom Beklagten hervorgehoben, so ist dennoch die Erklärung des Beklagten über das Dasein dieses Erfordernisses als Einlassung aufzufassen. Es machen z. B. alle einzelnen Bestimmungen eines Rechtsgeschäftes zusammen ein Ganzes aus. Wer sich zur Begründung eines eingeklagten Anspruches auch nur auf eine Stelle eines Vertrages beruft, klagt doch aus dem ganzen Vertrage, d. h. das Ganze des Vertrages gehört zum Klagegrunde, er hat das Rechtsgeschäft nach seinem ganzen Inhalte zur Begründung der Klage darzulegen. Wenn nun der Beklagte vorbringt, der Kläger habe gewisse, zu seiner des Beklagten Vertheidigung dienliche, eine Voraussetzung der Entstehung oder Geltendmachung des eingeklagten Rechtes betreffende Bestandtheile nicht angeführt, z. B. die unter den Vetragsbestimmungen befindliche [5a]) Verabredung einer Suspensivbedingung, einer aufschiebenden Zeitbestimmung, welche Bedingung oder Befristung noch nicht eingetreten, resp. abgelaufen sei, so liegt darin ein Ableugnen eines Erfordernisses der Klagbegründung [6]).

Einwandes, daß die zufolge der weiblichen Rechtswohlthaten erforderlichen Interzessions-Förmlichkeiten nicht vorhanden — OAGE. in Nr. 1202 $^{10}/_{11}$. — Mitunter ist die Einhaltung einer gewissen Form in der Art vorgeschrieben, daß ihr Mangel nur dann in Betracht kömmt, wenn er vom Beklagten ausdrücklich gerügt wird, z. B. (früher) in Bezug auf Verträge zwischen Christen und Juden nach manchen Landesgesetzen. Vgl. jedoch unten Kap. VI §. 9.

5a) Anders verhält sich die Sache, wenn der Beklagte vorbringt, die fragliche Bedingung u. dgl. sei nachträglich, in einem dem Vertrags-Abschlusse nachfolgenden Akte verabredet worden.

6) Bl. f. Rechtsanw. a. a. O. S. 359. Wetzell, System

Von dem Hervorheben eines vom Kläger nicht berührten Erfordernisses der Klagbegründung ist es zu unterscheiden, wenn der Beklagte der Klage die Behauptung entgegenstellt, das eingeklagte Recht sei wegen eines besonderen Hindernisses nicht entstanden. Hierüber s. unten Abschnitt 2 lit. a.

d) Setzt der Beklagte der Erzählung des Klägers über die Entstehung des Rechtsverhältnisses eine abweichende entgegen, so wird damit die Sphäre der Einlassung nicht überschritten [6a]). Hat sich die Sache so zugetragen, wie der Beklagte erzählt, so war die Erzählung des Klägers

des Civilproz. Abth. I S. 109 Note 14. Die Ansichten sind sehr verschieden. Mit obiger Auffassung einverstanden ein OAGE. vom 20. Juni 1854. Bl. f. RA. Bd. XIX S. 350. Vgl. ebd. Bd. XIII S. 251. Seuffert's Archiv Bd. II S. 416, Bd. IV S. 59. — Dagegen ebd. Bd. I S. 408 und OAGE. v. 9. Jänner 1852 Nr. 427 $^{16}/_{50}$ und v. 20. März 1854 Nr. 966 $^{52}/_{53}$. S. auch Savigny, System Bd. V S. 155 u. 185. Wenn S. den Einwand der Bedingtheit mit dem der Unmündigkeit, der Willensunfreiheit u. dgl. zusammenstellt, so ist dagegen zu bemerken: in dem Einwande der Bedingtheit liegt allerdings ein Leugnen, daß der Vertrag so zu Stande gekommen, wie in der Klagschrift angegeben wurde. In dem Einwande des Wahnsinnes, der Unmündigkeit kann ein solches Leugnen nicht gefunden werden. Dieser Unterschied rechtfertigt die Verschiedenheit der Auffassung. — Der Einwand der Bedingtheit bekämpft die Entstehung des Rechtsverhältnisses; im Falle des von Savigny (S. 185) allegirten fr. 9 de probat. (22, 3) handelt es sich von behaupteter Erlöschung eines Vertragsrechtes, welches gegen die Regel durch den Tod des Paziszenten eingetreten sein soll. Vgl. übrigens Komment. zu Kap. IX §. 14, I Note 3.

6a) Vgl. über das s. g. qualifizirte Geständniß Bolgiano, vergl. Darst. S. 70 f.; Bl. f. RA. Bd. III S. 226 f.

unwahr. Die sog. exceptio rei non sic sed aliter gestae hat daher die Natur einer Erklärung über die Wahrheit der zur Begründung der Klage angeführten Thatsachen [7]). Anders verhält es sich, wenn das abweichende Vorbringen des Gegners nicht der Annahme der Entstehung des eingeklagten Rechtes in den Weg tritt, sondern dessen Erlöschung zur Anerkennung bringen soll.

e) Der Beklagte hat in der Antwort auf die Klage [7a]) die vorgetragenen, der Klage zum Grunde liegenden [7b])

7) Bl. f. Rechtsanw. Bd. III S. 359. Ueber das Vorbringen des Beklagten, den fraglichen Vertrag nicht auf eigene Rechnung, sondern für einen Dritten abgeschlossen zu haben, vgl. Bl. f. RA. Bd. XVIII Erg. Bl. S. 49; Seuffert's Archiv Bd. VIII S. 149. Erscheint die Thätigkeit des Beklagten bei dem Vertrags-Abschlusse nach dessen Angaben lediglich als die eines Erklärungs-Organs, eines Boten, so ist jenes Vorbringen als verneinende Einlassung aufzufassen. Gleiches gilt, so oft sich die klägerische Geschichtserzählung in Betreff des Kontrahirungsaktes nach den Angaben des Beklagten als eine unrichtige oder unvollständige darstellt. Sind es aber Thatumstände außer dem Hergange der Vertragsschließung, welche Beklagter zur bezeichneten Ablehnung seiner Haftung geltend macht, so steht er damit nicht mehr in der Sphäre der Einlassung.

7a) Nicht blos der Abschnitt der Vernehmlassung, welcher speziell der Einlassung gewidmet ist, sondern auch die näheren Erklärungen, welche etwa bei dem Vortrage von Einreden vorkommen, sind hiebei zu berücksichtigen. Arch. f. civ. Praxis Bd. XXXV S. 257. Bl. f. RA. Bd. XX S. 61.

7b) Es handelt sich also hier nur von relevanten Thatsachen, nicht von denjenigen Behauptungen des Gegners, welche dieser nur zur Kolorirung seiner Klage u. s. w. vorgebracht hat. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 18 f. — Hat bei einer Klage aus zweiseitigem Vertrage der Kläger die Erfüllung der ihm ob-

Thatumstände, welche er widersprechen will, ausdrücklich zu bezeichnen und verneinend zu beantworten. — Jeder nicht besonders und bestimmt widersprochene [8]) Thatumstand [8a]) wird für zugestanden [8b]), demzufolge auch jede

liegenden Gegenleistung nicht erwähnt, und der Beklagte in der Vernehmlassung diesen Mangel nicht gerügt, so muß angenommen werden, daß er in jener Beziehung eine Einwendung nicht zu machen habe.

8) Die Erklärung des „Nichtwissens" ist kein bestimmter Widerspruch. Es brauchen aber diejenigen Behauptungen, welche den speziellen Widerspruch erfordern, nicht gerade Wort für Wort widersprochen zu werden, sondern es genügt jede Fassung der Einlassung, aus welcher bestimmt und unzweifelhaft hervorgeht, welche gegnerische Behauptung in Widerspruch gezogen wird. Der spezielle Widerspruch kann auch in Aeußerungen liegen, welche dem Wortklange nach ganz positiv lauten, in solchen Behauptungen nämlich, welche das Gegentheil der klägerischen Asserte enthalten und dadurch diese implicite verneinen. S. oben lit. a. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 22 f. vgl. mit Bd. VII S. 191 und Bd. XIII S. 61. S. auch ebd. Bd. XIX S. 350.

8a) Darunter ist nicht die Behauptung zu begreifen, durch eine angegebene Dienstleistung eine gewisse Summe, welche eingeklagt wird, verdient zu haben. S. hierüber Bl. f. RA. Bd. VIII S. 352.

8b) Dies gilt auch von dem Falle, wenn sich Beklagter über einen von mehreren Klagposten gar nicht geäußert hat. Bl. f. RA. Bd. IX S. 114; nicht minder von dem, wenn er sich darauf beschränkt hat, einfach-peremtorische Einreden entgegenzustellen. Bolgiano, vergl. Darst. S. 102 f. und in den Bl. f. RA. Bd. XVII S. 292 f. Gleiches muß in dem Falle gelten, wenn der Beklagte ohne Einlassung auf die in der Klage vorgetragenen Thatsachen lediglich auf Grund einer Rechtsausführung gegen die Klage um definitive Abweisung, resp. Entbindung von derselben gebeten hat. Daß etwa um

der Klage beigelegte Urkunde, über deren Aechtheit keine Erklärung abgegeben ist, als anerkannt angenommen [8c]). Der allgemeine Widerspruch hat keine rechtlichen Wirkungen [9]).

f) Die Kriegsbefestigung bewirkt die Perpetuirung der Temporalklagen [10]), die Unabtretbarkeit des Klagerech-

Befreiung von der Einlassung gebeten wurde, kann vernünftigerweise keinen Unterschied machen. Vgl. indessen Bolgiano a. a. O. S. 102 f., S. 109 f.

8c) Der Erklärnng, daß man sich die Aeußerung über die Aechtheit der Urkunde bis zur Produktion des Originals im Beweisverfahren vorbehalte, schließt zwar in der Regel (s. Note 9) die Annahme der Anerkennung aus; sie überhebt aber nicht der Verbindlichkeit zur speziellen Erklärung auf die durch die Bezugnahme auf den Inhalt der Urkunde vom Kläger behaupteten Thatumstände, und zwar bei Vermeidung des Rechtsnachtheils fingirter Einräumung. Es ist sogar nicht räthlich, in Ansehung der Urkunde es bei der Erklärung, die Urkunde sei unächt, bewenden zu lassen, indem darüber, ob hierin eine genügende Verneinung der in der Urkunde vorkommenden Thatumstände liege, verschiedene Meinungen bestehen. Vgl. Bl. f. RA. Bd. IX S. 116 mit Bolgiano, vergl. Darstellung S. 69, und Arends, Samml. Bd. II S. 348.

9) Gesez vom 17. Nov. 1837 §. 19. — Bezüglich der Erklärung über die der Klage beigelegten Urkunden vgl. Kap. XI §. 7 Nr. 1. Wenn der Beklagte den Urkunden, worauf sich die Klage stützt, bis zur Einsicht der Originalien seine Anerkennung vorenthält, später aber selbst Einreden, oder wohl gar Gegenforderungen aus ihnen herleitet, bei dieser Gelegenheit ihren Inhalt erörtert und in seinem Sinne auslegt, so wird gewöhnlich die vorhergehende Beanstandung der Aechtheit jener Urkunden, als protestatio facto contraria, nicht beachtet. Bl. f. RA. Bd. XIX S. 247, Bd. XX S. 61.

10) S. Kreittmayr zu diesem §en lit. g.

tes [11]), die Haftung des fictus possessor [12]), die Unzulässigkeit einer nachherigen mutatio libelli [13]). Vgl. im Uebrigen die §§. 2 und 3 dieses Kapitels, so wie Kap. III §. 9, Kap. IV §. 2 und Kap. V §. 9.

2.

Von den Einreden gegen den eingeklagten Anspruch. Diese können

a) in der Behauptung besonderer Hindernisse der Entstehung, resp. Geltendmachung des klägerisch verfolgten Rechtes bestehen; und zwar entweder subjektiver, oder objektiver Hindernisse [14]). Als subjektive Hindernisse kommen hier besondere Mängel der Rechts- und Erwerbsfähigkeit, der Dispositions- [14a]) oder Zurechnungsfähigkeit, ferner Mängel der Willensfreiheit oder Ernstlichkeit des Willens vor, welche sämmtlich das Gemeinsame haben, daß sie sich im Rechtsleben als Ausnahmen von der regelmäßigen Erscheinung darstellen. — Gleiche Beschaffenheit haben die als Einreden wirksamen objektiven Hindernisse, welche aus besonderen, außer der Persönlichkeit der Betheiligten liegenden Thatsachen entspringen. Dahin gehören z. B. der Umstand, daß die verkaufte Sache einen den

11) Const. 2, 4 de litigiosis (8, 37). S. oben Komment. zu Kap. V §. 9 Abschnitt IV Nr. 2.

12) Fr. 45 de her. pet. (5, 3); fr. 25, 27 pr. de rei vind. (6, 1).

13) Vgl. oben Kap. IV §. 13.

14) Bl. f. Rechtsanw. Bd. III S. 353 ff.

14a) Hieher gehört auch die Eigenschaft als Haussohn bezüglich der Fähigkeit, sich durch Annahme eines Darlehens zu verpflichten. Vgl. indessen OAGE. in Nr. 1135 $^{39}/_{40}$ und Nr. 1212 $^{15}/_{46}$.

Kaufpreis um mehr als das Doppelte übersteigenden Werth, oder daß sie heimliche Gewährsmängel hat; das Dasein eines verborgenen Mangels einer der äußeren Erscheinung nach fehlerfreien Form; die Belastung der Erbschaft über drei Viertheile ihres Betrages; die Errichtung des Inventars über eine insolvente Erbschaft, wodurch der Anspruch der Gläubiger auf Bezahlung aus dem Vermögen des Erben gehindert wird; die Wahrheit der Nachrede, welche an sich die Injurienklage begründet; die Thatsache, daß Klägerin Mehreren den Beischlaf verstattet hat; das Dasein einer wirksamen Enterbung, welche das Intestatrecht des Klägers hindert u. s. w.

b) Zu den Einreden, durch welche eine gänzliche oder theilweise Wiederaufhebung des eingeklagten Rechtes behauptet wird, gehören die der Zahlung, der Kompensation, Konfusion, Novation, der Verzichtleistung, des eingetretenen Resolutivtermins oder des Endtermins [14b]) des Vergleiches, der rechtskräftig entschiedenen Sache, der Verjährung, der Ademtion oder Translation von Legaten u. s. w.

Die Einreden gegen den eingeklagten Anspruch kommen in den meisten Fällen als peremtorische vor; wird

14b) In dem Anführen des Beklagten, der klagend geltendgemachte Vertrag sei unter einer Resolutivbedingung geschlossen worden, und diese sei eingetreten, liegt nicht ein Negiren einer Voraussetzung des eingeklagten Rechtes, sondern die Behauptung von Thatumständen, welche die Wiederaufhebung desselben bedingen. Indem der Beklagte seine Befreiung von einem Thatumstande ableitet, welcher nach der Begründung des eingeklagten Rechtes eingetreten, hat er auch darzulegen (und darzuthun), aus welchem Grunde diesem Thatumstande die von ihm behauptete Wirkung zukomme. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XIV S. 88.

aber nur ein zeitliches Hinderniß des klägerischen Rechtes, resp. seiner Geltendmachung (exc. plus pet. tempore) behauptet, so hat die Einrede die Eigenschaft einer dilatorischen.

3.

Von den Einreden gegen die klägerische Rechtsverfolgung [15])

Diese sind nicht darauf gerichtet, zu bewirken, daß Beklagter von dem Anspruche des Klägers unbedingt und für immer freigesprochen werde; sie bezwecken nur Aufschub der Verhandlung oder nur eine Entbindung von der gegenwärtigen Rechtsverfolgung des Klägers, gewissermassen eine Entbindung von der Instanz, und haben daher die Natur dilatorischer Einreden. Wenn der Beklagte die Unterlassung des gemeindlichen Sühneversuches oder der Durchführung des Administrativweges, die Dunkelheit oder Unschlüssigkeit der Klagschrift, die Unzuständigkeit des Gerichtes, einen Mangel in der Vertretung einer Partei, das Unpassende der gewählten Prozeßart rügt, so ist es überall nicht der klägerische Anspruch selbst, gegen welchen die Richtung dieser Vertheidigungsbehelfe geht. — Uebrigens haben dieselben nur theilweise mit den Einreden gegen den klägerischen Anspruch die Eigenschaft selbständiger Behauptungen gemein; nämlich nur da, wo der Beklagte besondere Hindernisse behauptet, um derenwillen das Verfahren, obwohl die regelmäßigen Erfordernisse seiner Statthaftigkeit und Giltigkeit vorliegen, im gegebenen Falle ausnahmsweise als mangelhaft sich darstellt; z. B. wenn der bei dem Gerichte seines Wohnortes Belangte die Einrede der Inkompetenz auf die Behauptung

15) Bl. f. Rechtsanw. a. a. O. S. 376 ff.

eines Privilegiums gründet, oder wenn ein Grund der Rekusirung des angegangenen Gerichtes angeführt, oder wenn die Streitunfähigkeit einer Partei wegen Interdiktion oder ausgebrochener Gant behauptet wird. — Außerdem haben die Entgegnungen, welche man als Prozeßeinreden zu bezeichnen pflegt, theils die Eigenschaft der negativen Streiteinlassung, theils die einer Rechtsausführung gegen die Klage. Das Erstere ist der Fall, wenn der Beklagte nur das Dasein regelmäßiger Bedingungen der Statthaftigkeit und Giltigkeit des Verfahrens in Abrede stellt, z. B. seinen Wohnsitz im Bezirke des angegangenen Gerichtes, oder die Bevollmächtigung des klägerischen Anwalts, oder die Vormundseigenschaft des für den minderjährigen Kläger aufgetretenen Mannes u. s. w.; — das Leztere, wenn ohne Ableugnung eines faktischen Umstandes oder Behauptung eines neuen der Beklagte zu zeigen versucht, daß es der klägerischen Rechtsverfolgung an einer Bedingung der Statthaftigkeit oder Wirksamkeit mangle; so bei den so genannten Einreden der dunkeln oder unschlüssigen Klagschrift, der unzulässigen Kumulation, der unzulässigen Prozeßart, der mangelnden Kaution.

4.

Von der Rechtsausführung gegen die Klage.

Der Satz „jura noscit curia“ ist in der Theorie richtiger als in der Praxis. Deswegen wird die Rechtsausführung gegen die Klage häufig ein, wenn auch nicht nothwendiger, doch sehr nützlicher Bestandtheil der Klagbeantwortung sein. Zur Bezeichnung desselben wird mitunter der Ausdruck „exceptiones juris“ gebraucht, offenbar nur in uneigentlichem Sinne. Wird mit wissenschaftlicher Schärfe alles Fremdartige ausgeschieden, so passen unter den Begriff der Einrede nur die unter Nr. 2 erörterten Rechts-

hindernisse und Aufhebungsgründe, und von den Ausstellungen über die klägerische Rechtsverfolgung nur diejenigen, welche mit jenen die Eigenschaft selbständiger Behauptungen gemein haben.

Die Verschiedenartigkeit der Entgegnungen, welche gemeinhin unter der Bezeichnung Einreden zusammengefaßt werden, zeigt sich auch an den Folgen des Ungehorsams, resp. des Nichtvorbringens derselben; indem

a) Einreden zur Rüge von Mängeln, welche der Richter von Amtswegen zu berücksichtigen hat (z. B. Einreden, durch welche der Mangel einer regelmäßigen Bedingung der Statthaftigkeit des Verfahrens, oder die einem Prohibitivgeseze von öffentlichem Interesse widerstreitende Richtung des Klagantrages gerügt wird) — von der Präklusion nicht getroffen werden, d. h. der Richter muß dem Mangel die geeignete Folge geben, wenn ihn gleich der Beklagte nicht gerügt hat [16]).

b) Entgegnungen, welche mit den Einreden zwar den gangbaren Namen gemein, aber das Wesen negativer Streiteinlassung haben, werden zwar nicht von der Präklusion der Einreden getroffen, wohl aber dadurch ausgeschlossen, daß die urkundlich begründete Klage nach §. 18 Nr. 1 der Novelle von 1837 als zugestanden angenommen wird [17]). — Kommt es hingegen in Folge des Ungehor-

16) S. oben Kap. V §. 11 Note 5a. — Vgl. unten Kap. VI §. 9. Von der Einrede der mangelnden Kaution gilt dies nicht. S. Kap. VIII §. 5.

17) Dies gilt auch von dem Falle, wenn der Verkäufer unter Vorlage des Originals der Kaufurkunde auf Zahlung des Kaufpreises geklagt hat, ohne der Erfüllung der ihm oblie-

sams zufolge Nr. 2 des angeführten §en zu einer Beweisauflage über den Klagegrund, so können jene Entgegnungen, so ferne sie ein Läugnen von zu beweisenden Thatumständen enthalten (z. B. die s. g. exc. rei non sic sed aliter gestae), — bei Führung des direkten Gegenbeweises — noch vorgebracht werden [18]).

c) Die in der Abth. 2 des vorliegenden §en erörterten Rechtshinderungs- und Aufhebungsgründe sind es, welche im Falle des Ungehorsams, resp. Nichtvorbringens der Präklusion unterliegen; was sich aber auf die Prozeßeinreden, welche mit diesen die Eigenschaft selbständiger

genden Gegenleistung zu erwähnen, und vom Richter der Rechtsnachtheil Nr. 1 des §. 18 ohne Beachtung jener Nichterwähnung angedroht wurde. Im Falle des unter den Voraussetzungen des §. 18 eingetretenen Ungehorsams hat nun der Richter das angedrohte Präjudiz auf Antrag des Klägers, so ferne nicht etwa noch vor diesem Antrage vom Beklagten in der oben S. 288 erwähnten Weise remonstrirt worden, zu verwirklichen, ohne in dem Urtheile auf das Schweigen der Klage über die Erfüllung von klägerischer Seite zurückkommen zu dürfen. Die besondere Klage auf die ihm gebührende Gegenleistnng wird natürlich hiedurch dem Gegner nicht abgeschnitten.

18) War in der Klage aus zweiseitigem Vertrage der klägerischen Gegenleistung nicht erwähnt, so kann dieselbe im Falle des Ungehorsamsfalles Nr. 2 immer noch angebrachtermaßen abgewiesen werden. Vgl. oben zu Kap. V §. 11, V a. E. Hat aber der Richter ohne Beachtung dieses Mangels auf den Beweis der Vertrags-Eingehung erkannt, und dieser Bescheid die Rechtskraft erlangt, so ist der Umstand der Nichterfüllung von klägerischer Seite keineswegs geeignet, bei Führung des Gegenbeweises benützt zu werden. Vielmehr steht hier dem Ungehorsamen nur der a. E. der vorigen Note bemerkte Weg offen.

Behauptungen gemein haben, deswegen nicht erstreckt, weil es sich dort von Erfordernissen des Rechtsbestandes der Prozedur handelt. Der Verlust der bei Beantwortung der Klage nicht entgegengesetzten Einrede der Inkompetenz erfolgt nicht durch Präklusion, sondern durch die Annahme freiwilliger Prorogation von Seite des Beklagten [19]).

Die für die Klage gegebene Vorschrift, daß die in Bezug genommenen Urkunden, wenn durch solche allein der Streit ohne einen anderen Beweis gehoben werden kann, allezeit gleich abschriftlich mit beigelegt werden sollen [20]), gilt auch für die Klagbeantwortung, so wie für die übrigen Handlungen des ersten Verfahrens [21]). Aber auch wo die angegebene Beschaffenheit nicht vorhanden, steht es in richterlichem Ermessen, zur besseren Aufklärung der Streitpunkte die abschriftliche Vorlage der Urkunden, auf welche Bezug genommen worden, alsbald anzuordnen.

§. 2.

Alle exceptiones müssen auf einmal angebracht werden.

In der Antwort auf die Klagschrift muß der Beklagte der Regel nach sowohl seine Erklärung über die Wahrheit der Thatsachen, welche der Klage zu Grunde liegen, als

19) Vom Falle gänzlichen Ungehorsams des Beklagten ist hier natürlich nicht die Rede. Denn in absolutem Schweigen des Beklagten kann ein „gutwilliges Einlassen" (vgl. Bd. I S. 260) gewiß nicht gefunden werden.

20) S. oben Kap. IV §. 12.

21) Vgl. Kap. XI §. 5 Nr. 1 mit Kreittmayr zu dieser Stelle.

auch alle Einreden, deren er sich bedienen will, peremtorische wie dilatorische, zusammen vortragen. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob die Antwort schon auf die erste Ladung zur Verhandlung, oder erst auf die wiederholte ertheilt wird [1]). — Die dem Beklagten außer Dem, was in der Antwort auf die Klage vorgetragen wurde, etwa noch zustehenden Einreden sind ipso facto präkludirt [1a]). Diese Präklusion tritt bei dem gewöhnlichen protokollarischen Verfahren ein, sobald dem Kläger das Wort ad replicandum gegeben ist [1b]), bei dem schriftlichen mit dem Ablaufe der zur Vernehmlassung vorgesteckten Frist [2]). — Wird im protokollarischen Verfahren dem Kläger zur Abgabe der Replik ein neuer Termin verstattet, so kann dieser doch vom Beklagten zur Nachtragung von Einreden nicht benützt werden [3]).

1) Bl. f. Rechtsanw. Bd. V S. 176.

1a) Vgl. §. 28 der Nov. v. 1837. In der Verfügung auf die Vernehmlassung wird eine solche Präklusion nicht ausgesprochen; vielmehr geschieht dieses erst dann, wenn der Beklagte Einreden nachbringen will. Bolgiano, vergl. Darst. S. 101 Note *. — Daß die Präklusion solche Bedenken gegen die Klage, welche der Richter von Amtswegen zu beachten hat, nicht treffe, versteht sich von selbst. Seuffert's Archiv Bd. V S. 447.

1b) Um allen Zweifel darüber zu beseitigen, ob die Vernehmlassung, Replik u. s. w. wirklich geschlossen, und dem Gegner wirklich das Wort zum Beginne einer weiteren Prozeßhandlung mit Recht gegeben worden, hat man in der Praxis das ganz zweckmäßige Mittel eingeführt, jede Prozeßhandlung, unmittelbar nachdem sie zu Protokoll abgegeben und diktirt worden, von dem Exhibenten (nach Vorlesen oder Selbstlesen) unterzeichnen zu lassen.

2) Nachträge, die noch innerhalb der Frist einlaufen, sind als Bestandtheil der Hauptschrift zu betrachten.

3) Denn die zur Verhandlung, zunächst zur Vernehmlassung an-

Die Präklusion steht denjenigen Einreden nicht entgegen, von welchen der Beklagte durch einen körperlichen Eid oder sonst darthun kann, daß sie sich erst nach der Hand im Verlaufe des Streites hervorgethan haben [4]). — Sie hindert auch nicht, das der präkludirten Einrede zu Grunde liegende Faktum, wenn es z. B. als klagbare Gegenforderung zur Begründung eines selbständigen Anspruches geeignet ist, später zur Erhaltung einer Klage zu benützen [5]).

§. 3.

Ausnahmen von dieser Regel.

Es handelt sich hier von bevorzugten Einreden, welche der Beklagte in der Antwort auf die Klage allein vorbringen kann, ohne darum, daß er die Einlassung und seine sonstigen Vertheidigungsmittel [1]) damit zu ver-

beraumte Tagfahrt ist ein terminus in quo. — Vgl. auch oben S. 34 Note 59.

4) Gerichtsordn. a. a. O. Ueber die Zeit, von dem „hervorgethan haben" berechnet, binnen welcher die nachträgliche Geltendmachung (im Wege der Inzidentrestitution) geschehen muß, s. unten Komment. zu Kap. XVI §. 1 Abth. II Nr. 4 a. E. Nach dem geltenden Rechte kann man für diese Inzidentrestitution auf die Vorschrift der GO. XVI §. 1 Nr. 11 nicht zurückkommen, indem die Motive zu §. 38 der Novelle von 1837 (Moritz, Realkommentar S. 372) jeden Zweifel darüber abschneiden, daß der ebenerwähnten die Restitutionsfrist betreffenden Bestimmung der GO. kein Rest von Wirksamkeit gelassen werden wollte.

5) Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 127. Anerkannt durch OAGE. in Nr. 1494 $^{18}/_{19}$.

1) Bolgiano, vergl. Darst. S. 51 f.

binden unterläßt, in diesen Beziehungen die Nachtheile des Ungehorsams besorgen zu müssen. Der Streit entspinnt sich in solchem Falle vorerst nur über die entgegengesezte Einrede und hat, wenn der Beklagte damit obsiegt, dessen gänzliche oder einstweilige Entbindung von der Klage, im entgegengesezten Falle aber die Verwerfung der Einrede und Verurtheilung des Beklagten zur Einlassung auf die Klage — zur Folge.

Zu dieser bevorzugten Klasse von Einreden gehören nach der Gerichtsordnung [1a])

1) die gerichtsablehnenden, durch welche der Beklagte die Eigenschaft der Sache als Justiz-, resp. Civilprozeßsache, oder die Zuständigkeit des angegangenen Gerichtes, oder die Fähigkeit von Personen dieses Gerichtes zur Verhandlung und Entscheidung der angebrachten Sache — zu bestreiten unternimmt.

2) Die prozeßhindernden [1b]), zu welchen die Einrede des Spoliums [1c]) und nebstdem, unter Voraussezung sofortiger Nachweisung aus Vorakten oder beweiskräftigen Urkunden [2]), die Einreden des durch rechtskräftiges

1a) Ueber die Frage, ob die Streitverkündung von der Einlassung befreie? — s. unten Komment. zu Kap. VIII §. 2 Nr. 5.

1b) Volgiana a. a. O. S. 56 f.

1c) Vgl. hierüber oben S. 92—5.

2) Arends, Samml. Bd. II S. 29. Der Beklagte muß mit der Vorlage der Urkunde sofort den Aechtheitsbeweis, so weit ein solcher erforderlich, durch Aufforderung zur eidlichen Diffession oder sonstige Mittel antreten, deren Benützung keinen oder nur geringen Aufschub erheischt. — Vgl. Frhrn. v. Zu-Rhein's Beiträge Bd. I S. 41 ff. — Erklärt der Beklagte, direkten Gegenbeweis führen zu wollen, so muß er damit, und zwar im Wege des regelmäßigen Beweisverfahrens, zugelassen werden.

Erkenntniß, oder Vergleich [2a]), oder Verzicht, oder Verjährung [2b]) geendigten Streites (exc. litis finitae) gezählt werden [3]).

3) Die s. g. Präjudizialeinreden [4]), durch welche Beklagter geltend macht, daß die Verhandlung des vorliegenden Rechtsstreites von der Verhandlung und Entscheidung über einen vorgängig zu erledigenden Streitpunkt (praejudicium) abhänge [5]). —

Die Prozeßnovelle von 1837 hat nun (§. 24) den erwähnten Vorzug lediglich in Ansehung der gerichtsablehnenden [5a]) aufrecht erhalten, hinsichtlich der übrigen aber

2a) Ueber die Einrede der durch Vergleich mit einem Dritten, der früher als Vater in Anspruch genommen war, abgethanen Sache bei Paternitäts- und Alimentationsprozessen s. Bl. f. RA. Bd. IX S. 31.

2b) In so ferne sich die Einrede der Verjährung aus den in der Klagschrift über den Ursprung des Verhältnisses angeführten Thatsachen mittelst Berechnung ergibt, bedarf es hier keiner weiteren Nachweisung.

3) Kreittmayr zu diesem §en lit. c. Die Einrede der Präklusion nach Art. III des Staatsschuldgesezes von 1822 gehört nicht hieher. Vgl. Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV S. 113.

4) Bolgiano, vergl. Darst. S. 57 f. Darüber, wie ferne in den Vertheidigungsbehelfen dieser Kategorie wahre Einreden enthalten sind, s. oben S. 181 f.

5) Als Präjudizialeinreden können nur diejenigen gelten, welchen ein besonderes, den Stoff eines selbständigen Prozesses darbietendes und nach richterlichem Ermessen eine vorläufige Erörterung erforderndes Streitverhältniß zu Grunde liegt. Vgl. hierüber Bl. f. Rechtsanw. Bd. II S. 123, Bd. VI S. 68, Bd. XVIII S. 27. — Ueber nominatio actoris als Präjudizialeinrede s. Komment. Kap. VIII §. 3 Nr. 4. Vgl. Bolgiano, vergl. Darst. S. 49, 65.

5a) Und zwar ohne diesen Vorzug an sofortige Liquidität zu bin-

(§. 28) verordnet, daß mit denselben eventuell die Streiteinlassung und das Vorbringen aller übrigen Einreden, welche der Beklagte zu haben glaubt, unter dem Rechtsnachtheile zu verbinden sei, daß im Falle der Verwerfung jener Voreinreden, mag diese wegen völligen Ungrundes, oder wegen Mangels der die Befreiung von der Einlassung bedingenden Eigenschaft [6]) erfolgen, die Folgen des Nichtbeantwortens der Klage (§. 18) eintreten [6a]). Es geht nicht an, den gerichtsablehnenden die Einrede der mangelnden Kautionsleistung gleichzustellen [6b]).

den. Das blose Vorbringen der gerichtsablehnenden Einrede berechtigt zur Verweigerung der Einlassung. — Zum Theile anderer Meinung ist in Ansehung des älteren Rechtes Feust in den Bl. f. Rechtsanw. Bd. II S. 325. — Vgl. übrigens zur Erläuterung des angef. §. 24 — Bl. f. RA. Bd. VIII S. 24 f.

6) Bei den prozeßhindernden wegen Mangels sofortiger Liquidtät, bei den präjudiziellen, weil etwa der Richter zufolge der Eventualmaxime die Trennung der Vorfrage von der Hauptfrage im gegebenen Falle nicht für angemessen findet. (Vgl. oben S. 181—2. Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 27.)

6a) Darüber, daß dieses auch von dem Falle gelte, wenn der Beklagte sich in der bezeichneten Weise sofort auf die erste s. g. monitorische Ladung (also ohne daß die in §. 18 Abs. 3 vorgeschriebene Präjudiz-Androhung stattgefunden hat) vertheidigt hat, vgl. Lauk in den Bl. f. RA. Bd. V S. 175 f., Bolgiano ebd. Bd. XVII S. 292 f., so wie das in den Bl. f. RA. Bd. XV S. 367 mitgetheilte OAGE. — In so ferne die s. g. Präjudizialeinreden ihrem Inhalte nach meistens sich als partielle Streiteinlassung darstellen (s. oben S. 181 f.), liegt in der Verweisung auf die in §. 18 bestimmten Ungehorsamsfolgen eine Abweichung von der Vorschrift des §. 19 der Novelle von 1837. Bolgiano, vergl. Darst. S. 58 f.

6b) Es ist zwar die Bestimmung der Nov. v. 1819 §. 8, nach

Durch die obenerwähnte Vorschrift der Prozeßnovelle von 1837 wird es nun zwar keineswegs abgeschnitten, die erste Beantwortung der Klage auf den Vortrag von prozeßhindernden oder Präjudizialeinreden zu beschränken, indem diese, wenn sie sich als begründet darstellen und zugleich der die Befreiung von der Einlassung bedingenden Eigenschaften nicht entbehren, auch nach dem geltenden Rechte völlige oder einstweilige Entbindung von der Klage bewirken. Aber im Falle der Verwerfung beschränkt sich heutzutage das Urtheil nur bei den gerichtsablehnenden [7])

welcher der Beklagte vor der Leistung der wirklich obliegenden Kaution auf die Klage zu antworten nicht schuldig ist, durch die Novelle von 1837 keineswegs aufgehoben. Lauk in den Bl. f. RA. Bd. V S. 134 f.; Bolgiano, ebd. Bd. XV S. 225 u. vergl. Darst. S. 61. War die Einrede der mangelnden Kautionsleistung im Momente des Vorbringens rechtlich begründet, so ist es unschädlich, daß ihr die eventuelle Einlassung nicht beigefügt war, ohne daß die nachholende Kautionsleistung hierin etwas ändert. Aber die Eigenthümlichkeit der gerichtsablehnenden Einreden, daß auch im Falle ihres Ungrundes die speziellen Rechtsnachtheile des Ungehorsams nicht eintreten (s. unten zu Note 7, 8), kommt der exc. caut. defic. nicht zu. Bl. f. RA. Bd. VI S. 70 Note 6. Der §. 24 der Nov. 1837 schneidet hierüber jeden Zweifel ab. — Vgl. noch unten §. 4 Note 1b.

7) Auch bei diesen nur in so ferne, als die entgegengesezte Einrede wirklich die Natur einer gerichtsablehnenden hat und nicht blos dafür ausgegeben wird. Auf irrige Bezeichnungen von Seite der Parteien ist überall kein Gewicht zu legen. So z. B. ist es keine gerichtsablehnende Einrede, wenn Beklagter anführt, über den Anspruch des Klägers werde bei demselben Gerichte schon in einem anderen Prozesse gestritten. Bl. f. Rechtsanw. Bd. V S. 160.

auf den Ausspruch der Verbindlichkeit zur Einlassung [8]); bei Einreden anderer Art erfolgt zugleich ein die Folgen des Ungehorsams verwirklichender Ausspruch in der Hauptsache. Hierüber ist zu bemerken, daß eine prozeßhindernde (ohne eventuelle Einlassung vorgeschüzte [8a]) Einrede, wenn sie auch nur wegen Mangels sofortiger Liquidität verworfen wurde, selbst in der Eigenschaft einer einfach peremtorischen nicht wirksam bleibt [8b]).

8) Prozeßnovelle von 1837 §. 26 verordnet hierüber: wird die gerichtsablehnende Einrede verworfen, so ist sogleich zur Beantwortung der Klage neuerlich Termin anzuberaumen. — Der Beklagte, wie sein Anwalt, sind im Falle befundenen Muthwillens mit einer Geldstrafe von 5—50 fl. zu belegen. Vgl. Bl. f. Rechtsanw. Bd. V S. 312.

8a) Das in den Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 235 mitgetheilte OAGE., nach welchem eine als prozeßhindernd entgegengesetzte Einrede auch als einfach peremtorische in Betracht kommen kann, betrifft einen Fall, in welchem die eventuelle Einlassung beigefügt war.

8b) Vgl. Volgiano Bl. f. RA. Bd. XVII S. 257 f. und vergl. Darst. S. 96. Der §. 28 verweist auf die in §. 18 bestimmte Ungehorsamsfolge, welche darauf geht, daß der Beklagte mit allen seinen Einreden ausgeschlossen wird. Dabei wird jedoch vorausgesezt, daß die prozeßhindernd (mit der Bitte um Befreiung von der Einlassung) entgegengesezte Einrede ihrer Materie nach zu der in der GO. VI §. 3 Nr. 2 bestimmten Kategorie wenigstens in solcher Beziehung stehe, daß ihr Gebrauch in der Eigenschaft einer prozeßhindernden sich wenigstens nicht als frivol darstellt. Würde eine augenfällig zur Klasse der einfach peremtorischen gehörige Einrede, z. B. der Kompensation, ohne eventuelle Einlassung als prozeßhindernd entgegengesezt, so ist nicht ein Fall des §. 28, beziehungsweise des §. 18 der Novelle gegeben, vielmehr ein Fall des §. 19. S. oben §. 1 Note 8 b. Hiebei macht es

Mehrere gerichtsablehnende Einreden (insbesondere jene, daß eine Justizsache nicht vorhanden, — daß jeden Falls das angegangene Gericht das zuständige nicht sei) sind bei Strafe des Ausschlusses zugleich und auf einmal anzubringen [9]). Es ist unzuläßig, das Vorspiel über die Verbindlichkeit zur Einlassung in mehreren Akten aufzuführen [10]). — Dagegen ist es unbedenklich, nach erfolgloser Geltendmachung einer gerichtsablehnenden Einrede, prozeßhindernde und Präjudizialeinreden in Verbindung mit der eventuellen Einlassung vorzubringen [11]).

keinen Unterschied, wenn der Beklagte um Befreiung von der Einlassung, oder um Klagabweisung (nicht um Entbindung von der Klage) gebeten hat. Was im §. 28 in Betreff der in §. 27 bezeichneten Einrede-Kategorien verordnet ist, hat nicht die ausdrückliche oder doch durch die Abfassung der Bitte ausgedrückte Verweigerung der Einlassung zur Voraussetzung, sondern nur einen durch Verweisung auf GO. VI §. 3 Nr. 2 u. 3 abgegrenzten Inhalt des Vertheidigungsbehelfes. Wo immer kein Zweifel darüber obwaltet, daß sich der Inhalt der ohne Einlassung gebrauchten, als verwerflich erscheinenden Voreinrede zur Geltendmachung im Wege der Voreinrede nicht eignet, ist die Ungehorsamsfolge nach §. 19 der Novelle, nicht nach §. 18 zu bestimmen. Abw. Bolgiano, vergl. Darst. S. 68, 102 f.

9) Prozeßgesez von 1837 §. 25, 27.

10) Nach Verwerfung der ohne Einlassung entgegengesezten gerichtsablehnenden Einrede geht es auch nicht mehr an, eine andere Einrede dieser Kategorie in Verbindung mit der nun erfolgenden Einlassung nachzutragen. Bolgiano a. a. O. S. 56.

11) S. aber oben §. 2 und Prozeßnovelle von 1837 §. 28. Mit der eventuellen Einlassung ist das Vorbringen aller Einreden bei Vermeidung der Präklusion zu verbinden.

§. 4.

Dilatorische exceptiones soll man vor andern erledigen.

Unter den dilatorischen werden hier diejenigen, Befreiung von der gegenwärtigen Rechtsverfolgung des Klägers oder doch Aufschub ihres Fortganges bezweckenden, Einreden verstanden, welche den im vorigen §en erörterten Vorzug nicht genießen [1]). Mit denselben muß, um im Falle der Verwerfung die nachtheiligen Folgen des Nichtantwortens auf die Klage zu vermeiden [1a]), die Einlassung auf die Klage, jedoch nur eventuell, verbunden werden, so daß, wenn sich die dilatorische Einrede als begründet darstellt und unbeseitigt bleibt, die geschehene Einlassung nicht als Verzicht auf dieselbe gedeutet werden darf [1b]). Vielmehr soll der Richter, sobald nicht nur die Erheblichkeit, sondern auch die faktische Begründung einer dilatorischen

1) Vgl. Kreittmayr zu Kap. VI §. 2 lit. c. Die präjudiziellen sind nach dem geltenden Rechte den einfach dilatorischen gleichgesezt. Vgl. den vorigen §en. S. auch Bolgiano, vergl. Darst. S. 58.

1a) Das oben zu §. 3 in Note 6a Bemerkte gilt auch hier. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XV S. 367.

1b) Vgl. OAGE. v. 21. März 1854 in Nr. 1518 $^{52}/_{53}$, worin ausgesprochen ist: Wenn der von einem Ausländer verklagte Inländer von Lezterem Kaution verlangt hat, und durch richterliches Erkenntniß ausgesprochen wurde, daß der Beklagte vor deren Stellung auf die Klage zu antworten nicht schuldig sei, so kann nach Leistung der Kaution auf die neben der exc. defic. caut. eventuell und mit Verwahrung geschehene Streiteinlassung in der Hauptsache nicht erkannt werden, sondern es ist neue Verhandlung anzuordnen, oder zur Ergänzung Gelegenheit zu geben.

Einrede außer Zweifel steht, darüber vor allem Andern erkennen [2]) und den Beklagten, bevor etwa der in der Einrede gerügte Mangel gehoben ist, in der Hauptsache weiter zu verfahren nicht anhalten. Durch diese Vorschrift wird es jedoch nicht ausgeschlossen, überall, wo die nachträgliche Hebung des Mangels stattfinden und erwartet werden kann, mit der Verfügung über die dilatorische Einrede eine Verfügung oder Entscheidung in der Hauptsache eventuell, d. h. in der Art zu verbinden, daß diese erst dann in Wirksamkeit tritt, wenn zuvor der Verfügung über die dilatorische Einrede genügt worden. Näheres hierüber wird unten in der Lehre von der Abfassung des Urtheils zu Kap. XIV §. 7 Nr. 3 vorkommen.

Wenn der Beklagte, ungeachtet der über die dilatorische Einrede ergangenen Verfügung, vor deren Erledigung in eine weitere Verhandlung der Hauptsache gutwillig ohne Protestation sich einläßt, so soll dies als ein stillschweigender Verzicht auf die dilatorische Einrede aufgefaßt werden [3]). Hierbei versteht es sich aber von selbst, daß eine

2) Die Gerichtsordnung sezt hier voraus, was leider in der Praxis gemeinhin versäumt wird, daß jede Prozeßhandlung, insbesondere die Klagbeantwortung, vor der Mittheilung an den Gegner, resp. vor dessen Zulassung zur Fortsezung der Verhandlung, vom Richter sorgfältig — auch aus dem Gesichtspunkte geprüft werde, ob sie nicht zu sofortigen Verfügungen, z. B. über dilatorische Einreden, etwa zur Anordnung einer vor weiterer Verhandlung zu bewirkenden Ergänzung u. dgl. Anlaß gebe.

3) Wenn der Richter ohne Beachtung der dilatorischen Einreden die Vernehmlassung lediglich zur Replikhandlung mittheilt, beziehungsweise dem Kläger hiezu das Wort gibt, und der Beklagte darauf ohne wiederholte Bezugnahme auf jene Einreden duplizirt, so ist anzunehmen, daß er solches in der Er-

solche Verzichtleistung die fernere Beachtung solcher Mängel nicht ausschließe, welche der Richter von Amtswegen zu beobachten hat.

§. 5.

Von dem Rechte zu exzipiren, und ob sich dieses auf Dritte erstrecke.

Ein der Regel: „reus excipiendo fit actor“ korrespondirender Saz ist es: cui damus actionem, eidem et exceptionem competere, multo magis quis dixerit [1]). Ein Recht, welches zur Begründung einer Klage dienen kann, ist um so mehr zur Begründung einer Einrede geeignet. Was von der Einklagung der einzelnen Rechte, von den thatsächlichen Voraussezungen und den Wirkungen derselben verordnet ist, bezieht sich der Regel nach [2]) auch auf die Geltendmachung durch Einrede; wo in solcher Bezie-

wartung gethan, der Richter werde dieselben im Erkenntnisse berücksichtigen; dem zufolge kann aus seiner weiteren Einlassung ein Verzicht nicht abgeleitet werden. Anders verhält es sich, wenn der Richter unmittelbar auf die Vernehmlassung dem Kläger aus Anlaß der dilatorischen Einreden Auflagen machte, oder wenn solche Auflagen im Erkenntnisse gemacht wurden, der Beklagte aber, ehe diesen Auflagen von Seite des Klägers entsprochen worden, ohne Ungehorsamsbeschuldigung oder Verwahrung weiter verhandelt.

1) Vgl. Fr. 156 §. 1 de reg. jur. mit Fr. 1 §. 4 de superfic. (43, 18) und cap. 71 de reg. juris in VIto.

2) Nämlich überall, wo nicht die Beschränkung auf das Verhältniß des Klägers entweder ausdrücklich verordnet ist, oder sich, weil die fragliche Norm gerade die allgemeinen Verschiedenheiten zwischen Klage und Einrede berührt (vgl. fr. 5 §. 6 de doli mali et met. except. [44, 4] und fr. 42 de reg. jur.), von selbst versteht.

hung von agere die Rede, ist das excipere stillschweigend mit gemeint [3]).

Auf der anderen Seite gibt es Rechte, welche, wie die Naturalobligation, zwar eine Einrede, aber keine Klage begründen; und aus gewissen Thatsachen entspringt zunächst eine Einrede, ein Klagerecht aber nur unter besonderen mitwirkenden Umständen, so z. B. aus einer zur Erfüllung einer Verbindlichkeit geleisteten Zahlung, durch welche zunächst die exc. solutionis, ein Klagerecht nur in so ferne begründet wird, als besondere Umstände die Zurückforderung rechtfertigen.

Eine für den zunächst Betheiligten begründete Einrede kann auch von seinen Erben, sonstigen Rechtsnachfolgern und Bürgen benützt werden, wo nichts Anderes besonders bedungen, oder, wie bezüglich der Einrede aus der Rechtswohlthat der Kompetenz, geseẓlich verordnet ist [4]).

Daß der Bürge sich im Allgemeinen [5]) der dem Hauptschuldner zustehenden Einreden bedienen kann, erscheint als Ausnahme von der Regel, nach welcher exceptio de jure tertii nicht Plaz greift. Diese Regel findet indessen da keine Anwendung, wo das Recht des Dritten so beschaffen ist, daß sein Dasein den klägerischen Anspruch ganz oder theilweise ausschließt [6]) oder die Verbindlichkeit des Beklagten aufhebt oder mindert, oder wo etwa der Dritte gegen den Beklagten selbst mit der Zeit den Regreß suchen

3) Seuffert, einige Bemerkungen über die Kodizillarklausel S. 16–18.

4) Kreittmayr zu diesem §en lit. b.

5) Näheres hierüber lehrt das Civilrecht.

6) Ist ein Dritter Eigenthümer der vom Kläger vindizirten Sache, so kann natürlich die Vindikation nicht begründet sein. Kreittmayr a. a. O. lit. c.

könnte [7]). Auch gilt der Dritte nicht als solcher, wenn der Beklagte denselben zu vertreten hat [8]).

§. 6.

Von dem Beweise der Exzeption.

Die Gerichtsordnung bestimmt:

„Gleich wie dem Kläger Dasjenige, was er zur Behauptung seiner Klage und Intention angibt, der Nothdurft nach zu beweisen obliegt, also liegt auch dem Beklagten in Ansehung seiner sowohl dilatorischen, als peremtorischen Exzeptionen ein Gleiches ob."

Diese Vorschrift ist aber nur von den Einreden in wissenschaftlich-begrenztem Sinne zu verstehen, d. h. von den Rechtshinderungs- oder Aufhebungsgründen, welche dem klägerischen Anspruche entgegengesezt werden (s. oben §. 1 Abth. 2), und denjenigen Einreden gegen die klägerische Rechtsverfolgung, welche mit jenen die Eigenschaft selbständiger Behauptungen gemein haben. So manche Entgegnung, welche nach der gangbaren Terminologie als Einrede bezeichnet wird, hat die Natur einer verneinenden Streiteinlassung, z. B. defic. legitimationis,

7) Haften auf der verkauften Sache unbezahlte, bei Festsezung des Kaufgeldes nicht berücksichtigte Hypothekschulden, so ist der auf Zahlung belangte Käufer, welchem der Gläubiger den Kaufgegenstand evinziren kann, den Betrag der Forderung des Dritten aufzurechnen befugt. Kreittmayr a. a. O. lit. d.

8) Kreittmayr a. a. O. lit. f. Die GO. fügt noch bei: oder wo die Rechte sonst etwas Besonderes verordnen. Zur Erläuterung erwähnt Kreittmayr (lit. e) den Fall der Einrede aus dem von der Gläubiger-Mehrheit bewilligten Nachlasse. S. unten Komment. zu Kap. XVIII §. 13.

exc. non impleti contractus, rei non sic sed aliter gestae, non numeratae pecuniae, oder gehört in die Sphäre der Rechtsausführung gegen die Klage, z. B. die Einrede der unschlüssigen Klagschrift, oder ist nur zuweilen eine wahre vom Beklagten zu beweisende Einrede, z. B. die der Pluspetition, welche nur da hieher gehört, wo der Beklagte einen für einen Theil des klägerischen Anspruches wirksamen besonderen Hinderungs- oder Aufhebungsgrund behauptet, nicht aber da, wo er nur in Abrede stellt, daß die der Klage zu Gunde liegende Thatsache den Anspruch in seinem vollen Umfange begründe. Dem zufolge ist zur Bestimmung der Beweislast das Vorbringen des Beklagten nach den in §. 1 dieses Kapitels vorgetragenen Grundsäzen zu prüfen und auszuscheiden, und hierbei weder auf die gangbare Terminologie, noch auf die vom Beklagten gewählte Bezeichnung ein entscheidendes Gewicht zu legen. Näheres hierüber wird unten im Kommentar zu Kap. IX §. 1 und 14 vorkommen.

„Ueber dilatorische Exzeptionen soll man keinen weitläufigen Beweis gestatten, sondern diesen soviel möglich abkürzen und summarisch hierin verfahren." Dies gilt insbesondere von Nachweisungen, welche zur Beseitigung dilatorischer Einreden (worunter hier auch die gerichtsablehnenden begriffen sind) im Laufe des Verfahrens, z. B. unmittelbar nach der Vernehmlassung, verlangt werden. Es wird hierüber kein förmliches Beweisinterlokut, sondern nur eine richterliche Auflage in prozeßleitendem Dekrete erlassen. Die Fristen zur Erfüllung der Auflage sind so kurz zu stecken, als es, ohne ungebührliche Beschränkung der beweispflichtigen Partei, nach Lage der Sache und Umstände geschehen kann.

§. 7.

Wer exzipirt, bekennt nicht.

Hier ist nicht von dem Falle die Rede, wo der Beklagte blos Einreden vorschüzt und daran die Bitte knüpft, von der Einlassung auf die Klage befreit zu werden. Dieser Fall ist oben in §. 3 erörtert worden. Vielmehr handelt es sich hier überall von einer Vernehmlassung, bei welcher die Befreiung von der Einlassung nicht oder nicht mehr in Frage steht. Hat sich nun gleichwohl der Beklagte über die der Klage zu Grunde liegenden Thatsachen nicht, oder nicht mit gehöriger Bestimmtheit erklärt, sondern nur peremtorische Einreden entgegengesezt, so werden jene Thatsachen nach Vorschrift der Novelle von 1837 §. 19 für zugestanden angenommen [1]). Dagegen wird die Wirksamkeit bestimmten Abläugnens der zur Klagbegründung dienenden Thatsachen dadurch nicht entkräftet, daß der Beklagte mit der verneinenden Streiteinlassung Einreden verbindet, deren rechtliches Dasein die Klagbegründung vorauszusezen scheint; wenn er z. B. den Empfang des Darlehens abläugnet, und doch exzipirend behauptet, dasselbe bezahlt zu haben [2]). Hierin liegt der praktische Kern des Sazes: qui excipit, non fatetur. Derselbe bringt aber keineswegs mit sich, daß der Kläger die vom Beklagten zur Begründung der vorgeschüzten Einreden vorgebrachten Behauptungen nicht benüzen und dar-

1) Bolgiano, vergl Darst. S. 67.

2) Jenes Abläugnen (daß ein Darlehen gegeben worden) und diese Behauptung (daß, wenn sich auch das Darlehen in Richtigkeit verhalte, jedenfalls Zahlung desselben stattgefunden habe) stehen keineswegs in unlösbarem Widerspruche. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XIX S. 243.

aus keine rechtlichen Folgerungen für sich ableiten könne, indem der Beklagte die von ihm als wahr vorgebrachten und zu seiner Vertheidigung geltend gemachten Thatsachen auch gegen sich gelten lassen muß. Geht aus der Begründung der Einreden mittelbar das Zugeständniß der Klage hervor, so ist deren vorhergehende Abläugnung als protestatio facto contraria anzusehen und in so weit nicht zu berücksichtigen, als eine Uebereinstimmung in den Anführungen beider Theile besteht. Natürlich kann ein Zugeständniß des Beklagten nur unter den von ihm etwa beigefügten Beschränkungen angenommen werden. Uebrigens ist die Vereinbarlichkeit sich scheinbar widersprechender Behelfe nach richterlichem Ermessen aus den Umständen jeden Falles zu beurtheilen [3]).

§. 8.

Innerliche und äußerliche Form der Exzeptionsschrift.

Die Exzeptionen sollen deutlich [1]), ordentlich [2]) und umständlich vorgetragen werden; es genügt nicht, die

3) Eine nähere Erörterung obiger Sätze findet sich in den Bl. f. RA. Bd. XIX S. 241—54. Ueber die Geltung derselben in der Praxis s. Seuffert's Archiv Bd. VIII S. 132; Bl. f. RA. Bd. XIX Erg. Bl. S. 124 f.: „den Gerichten muß die Amtsgewalt zustehen, aus dem ganzen Inbegriffe der Antwort auf die Klage, der Vergleichung einzelner Stellen mit den übrigen, welche sie erläutern oder berichtigen, und der Zusammenhaltung von Erwiderung der Klage und Einreden... zu ermitteln, auf welche Punkte ein mehrere Umstände umfassender Widerspruch zu beziehen, und wie er überhaupt zu verstehen und auszulegen sei."

1) Kreittmayr bemerkt hierzu: wer dunkel und zweideutig,

Einrede mit den allgemeinen Merkmalen des Rechtsbegriffes vorzutragen; der Beklagte muß die besonderen Umstände des konkreten Falles erzählen, er muß insbesondere angeben, an welcher Person, an welcher Sache, zu welcher Summe u. s. w. [3]) die Merkmale des in der Einrede angewandten Rechtsbegriffes im vorliegenden Falle zur Thatsache geworden sind [3a]). Eine besondere Thatsache muß behauptet, nicht blos das abstrakte Schema einer solchen aus dem Gesez- und Lehrbuche in das Gerichtsprotokoll übertragen werden [4]). Indessen läßt es sich allerdings denken, daß schon die allgemeine Bezeichnung des Rechts-

oder so exzipirt, daß man das jus und die causam exceptionis nicht klar daraus ersehen kann, thut eben so viel, als wenn er gar nicht antwortet. Eine unrichtige juristische Bezeichnung ist unschädlich, insbesondere ist eine spätere Aenderung in dieser Hinsicht nicht ausgeschlossen. Bl. f. RA. Bd. XIV S. 159.

2) Das bezieht sich wohl auf die unten anzugebende Ordnung des Vortrages.

3) In Ansehung der Frage, ob auch Ort und Zeit anzugeben sind, gilt hier dasselbe, was oben in gleicher Beziehung für die Klage bemerkt wurde. Ueber gehörige Substanzirung der Einrede der Verjährung s. Bl. f. RA. Bd. XV S. 385; über Begründung der Einrede des Zwanges — ebd. Bd. XVI Erg.-Bl. S. 30; über thatsächliche Begründung der Einrede der Revokation wegen Undankbarkeit gegen die Klage aus einer Schenkung — ebd. Bd. XVII S. 30.

3a) Von Substanzirung der Einreden durch Beziehung auf Vorakten s. Bl f. RA. Bd. XVII S. 414.

4) Ueber Anwendung dieser Sätze auf die exc. plurium concumbentium vergl. Bl. f. Rechtsanw. Bd. II S. 13—16; Bd. III S. 47—48; Bd. IV S. 29-30, 223—4; Bd. V S. 295—303; Bd. VI S. 181 f. S. aber dagegen OAG.-Plenarbeschluß v. 23. Juni 1841. (Regbl. S. 633 f.)

begriffes die Angabe aller derjenigen Umstände genügend darstellt, welche die Individualität des Falles ausmachen; z. B. durch das Vorbringen der Worte: „ich seze die Einrede der Zahlung entgegen" erklärt der Beklagte: „ich habe dem Gläubiger Dasjenige, was nach dem Inhalte der Obligation geschuldet war und in der Klage gefordert ist, ganz so, wie es geschuldet war, bereits geleistet" [5]). — Gründet sich ferner die Einrede auf die Behauptung eines dinglichen Rechtes, oder der besonderen Beschaffenheit eines solchen, so kann eben so wenig, wie bei dinglichen Klagen [6]), die Angabe des speziellen Entstehungsgrundes gefordert werden.

Die Ordnung des Vortrages bringt es mit sich, daß gerichtsablehnende, prozeßhindernde, Präjudizial- und einfach dilatorische Einreden der Einlassung auf die Klage vorangeschickt werden, peremtorische aber derselben nachfolgen.

In Ansehung der äußeren Form verweist die Gerichtsordnung auf die in Kap. IV §. 10 in dieser Beziehung für die Klage und die übrigen Prozeßhandlungen gegebenen Vorschriften. Vgl. übrigens in Betreff der protokollarischen Verfahrens die Einleitung zu Kap. VI.

5) Bl. f. Rechtsanw. Bd. V S. 298. Anerkannt durch OAGE. Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 287. Dagegen für den Fall, wenn im Konkurse ein Mitgläubiger dem andern ohne nähere Angabe die Einrede der Zahlung entgegensezt, ein anderes OAGE. Ebd. Bd. XIX S. 156.

6) Reus excipiendo fit actor. Bl. f. RA. Bd. XVII S. 48.

§. 9.

Officium judicis in Supplirung unterlassener Exzeptionen [1]).

Einer zu Kap. IV §. 17 erläuterten Vorschrift der Gerichtsordnung zufolge hat der Richter die Klage von der Gerichtsschwelle zurückzuweisen, wenn sich aus den Vorakten bezeugt, daß die Sache bereits früher abgeurtheilt oder verglichen worden; — desgleichen, wenn der Klagvortrag wegen Unvollständigkeit, Dunkelheit, Unschlüssigkeit zur Grundlage des Verfahrens nicht geeignet ist, so daß die Beachtung dieser Mängel von Entgegensezung der exc. libelli obscuri seu inepti nicht abhängt. — Nur eine Folge allgemeiner Grundsäze ist es, daß der Richter die Bedingungen des Rechtsbestandes gerichtlicher Verhandlungen, nicht minder absolute im öffentlichen Interesse gegebene Gebote und Verbote von Amtswegen zu berücksichtigen hat, ohne in diesen Beziehungen Einwände und Anträge der Parteien gewärtigen zu müssen. — Eben so wenig bedürfte es einer besonderen Vorschrift, die Beachtung von Thatsachen zu rechtfertigen, welche der Beklagte in der Klagbeantwortung zu seiner Vertheidigung anführte, ohne aber dieselben als Einrede, resp. mit dem technischen Namen des darin liegenden Behelfes zu bezeichnen. — Die Gerichtsordnung geht aber noch weiter, sie ermächtigt und verpflichtet [2]) den Richter, von Amtswegen auch solche Ver=

1) Vgl. v. Gönner im Komm. über die Nov. v. 1819 S. 71. — Bezüglich des gem. Rechtes vgl. Krüll im Arch. f. civ. Praxis Bd. I S. 402; Loz ebendaselbst S. 412; Gesterding, Ausbeute Bd. II S. 187.

2) Aus den Worten „von Amtswegen ersezt werden darf" möchte man folgern, daß die Supplirung von Seite des Rich=

theidigungsgründe zu berücksichtigen, welche von dem Beklagten nicht, oder doch nicht in solcher Art erwähnt wurden, daß die Absicht, sie zur Vertheidigung zu benüzen, angenommen werden könnte; z. B. die Einrede der Verjährung, obwohl der Beklagte nicht auf den gesezlichen Zeitablauf aufmerksam gemacht; die Einrede aus dem Macedonischen Senatuskonsult, wenn gleich der Beklagte nicht einwandte, zur Zeit des Darleihens Haussohn gewesen zu sein [3]). —

Indem die Gerichtsordnung auch in solchen Fällen, von der Verhandlungsmaxime abweichend, den Richter zur Supplirung der aktenkundigen Einrede anweist, ist keineswegs ein Aufdringen des fraglichen Vertheidigungsmittels wider Willen, vielmehr nur das beabsichtigt, der vermutheten Rechtsunkunde oder Unachtsamkeit der Parteien, resp. ihrer Vertreter, zu Hilfe zu kommen [4]).

ters nur fakultativ sei. — Dagegen spricht aber der Eingang des §., wo es heißt: der Richter ist nicht schuldig, die vom beklagten Theile unterlassene Exzeption zu ersetzen, außer wo u. s. w. Es wäre höchst ungeeignet, eine so wichtige Befugniß, von deren Ausübung Gewinn oder Verlust des ganzen Prozesses abhängen kann, in das Ermessen des Richters zu stellen.

3) Vgl. Kreittmayr zu diesem §. — Hier wird beispielsweise auch noch die exc. SC. Vellejani angeführt. Was aber die Beachtung der Erforderniſſe der Giltigkeit weiblicher Interzessionen nach der Authent. Si qua mulier und der C. 23 §. 2 ad ad SC. Vellej. (4, 29) betrifft, so gehört sie schon zur Prüfung der Klagschrift; daher dies nur uneigentlich als Supplirung einer Einrede genannt werden kann. Vgl. oben §. 1 Abth. 1 lit. b. a. E.

4) Kreittmayr a. a. O.

Indessen ist diese Supplirung [4a]) an folgende Voraussezungen gebunden:

1) alle Erfordernisse der fraglichen Einrede müssen sich aus den Akten dergestalt ergeben, daß man eines weiteren Beweises nicht mehr dabei bedarf. — Das Dasein vollständigen Beweises der die Einrede begründenden Thatsachen ist daher Bedingung der Supplirung. Liegt dieser Beweis nicht in den Akten des gegenwärtigen Prozesses, sondern in Vorakten, so müssen diese von Amtswegen [4b]), oder auf Antrag adregistrirt worden sein, und

4a) Nach Mittheilung eines vielerfahrenen Praktikers kommen Fälle der Ausübung dieser Supplirungsbefugniß sehr selten vor.

4b) Man hat Zweifel darüber erhoben, ob eine solche Adregistrirung von Amtswegen zuläßig sei, und es scheint allerdings bedenklich, das sich als eine Anomalie darstellende Recht des Richters, Einreden zu suppliren, dadurch noch weiter auszudehnen, daß man annimmt, auch solche Einreden dürften supplirt werden, welche sich nicht aus den Akten des schwebenden Prozesses, sondern aus amtlich adhibirten Vorakten ergeben. Allein daß der Richter im Allgemeinen befugt sei, Vorakten, deren Inhalt zur richtigeren Auffassung und Beurtheilung der gegenwärtigen Streitpunkte dienlich sein mag, von Amtswegen zu adhibiren, läßt sich nicht wohl bezweifeln. Die in GO. IV §. 17 vorgeschriebene Berücksichtigung des Inhaltes der Vorakten kann nicht auf Fälle beschränkt werden, in welchen eine Bezugnahme auf Vorakten in der Klagschrift vorkommt. Die Worte des §. 5 Kap. XII „sondern nur allegirt werden" stehen hier nicht im Wege, wo der Richter vom Geseze angewiesen ist, das dem Beklagten Dienliche von Amtswegen zu beachten. Nach Kap. XIV §. 2 Nr. 3 hindert kein Aktenschluß den Richter, Ergänzungen anzuordnen, um sich die zu seinem Unterrichte weiter nöthige Auskunft zu verschaffen. Auf Grund der angeführten Gesezstellen nimmt auch

die Parteien Gelegenheit gehabt haben, sich in den Verhandlungen über den Inhalt derselben auszusprechen. War dies vor dem Aktenschlusse nicht der Fall, so ist dieser nach Gerichtsordnung XIV §. 2 Nr. 3 wieder aufzuheben, und eine nachträgliche Verhandlung zu veranlassen.

2) Es darf keine Spur vorhanden sein, daß dem Kläger gegen die vollständig bewiesene Einrede eine Replik zustehe [5]). Waltet in dieser Hinsicht irgend ein Bedenken ob, so ist die Supplirung zu unterlassen, oder doch vorerst nach Anleitung der Gerichtsordn. XIV §. 2 Nr. 3 nachträgliche Verhandlung anzuordnen.

3) Der zu supplirenden Einrede darf keine weitere Wirkung beigemessen werden, als die vom Beklagten in der Verhandlung gestellte Bitte mit sich bringt. Die Bitte, von der Klage gänzlich entbunden zu werden, paßt natürlich auf alle Einreden. Wegen dieser nothwendigen Rücksicht auf die Anträge des Beklagten ist es der Regel nach [6]) unstatthaft, eine Klage auf dem Grunde einer Einrede,

der oberste Gerichtshof die fragliche Abhibirungsbefugniß an. Bl. f. RA. Bd. VII S. 111; vgl. auch Bd. XVIII S. 188. Der in Kap. VI §. 9 gebrauchte Ausdruck „ex actis" umfaßt auch die abhibirten Vorakten, so ferne den Parteien Gelegenheit gegeben war, sich in den Verhandlungen über den Inhalt derselben auszusprechen. Daß der Beklagte die sich aus den Vorakten ergebende Einrede nicht hervorgehoben hat, ist kein Hinderniß der Supplirung, weil diese überhaupt dazu dienen soll, der Unkunde des Beklagten, seinem Mangel an Umsicht u. dgl. zu Hilfe zu kommen.

5) v. Stürzer zu diesem §. Eben darum, weil die Gewißwißheit darüber, daß dem Kläger keine Replik zustehe, in den meisten Fällen mangeln dürfte, ist die Uebung der Supplirungsbefugniß eine so seltene Erscheinung.

6) Ausnahme hinsichtlich der Einreden der rechtskräftig oder durch Vergleich abgethanen Sache s. oben Kap. IV §. 17.

z. B. der Verjährung oder Präkluſion [7]), von der Gerichtsſchwelle abzuweiſen [8]). — Auch ſezt die Supplirung dieſer Vorſchrift gemäß voraus, daß der Beklagte überhaupt geantwortet hat, indem im Falle völligen Ungehorſams die Präkluſion aller Einreden ſtattfindet [9]).

Sind nun alle Vorausſezungen der Supplirung gegeben, ſo ſoll dieſelbe ohne Unterſchied bei Einreden jeder Art Plaz greifen, auch bei denjenigen, welche ſich auf jus singulare oder Privilegium gründen [10]). Wo jedoch ein ſpezielles Geſez die Beachtung eines Vertheidigungsgrundes ausdrücklich davon abhängig macht, daß der Beklagte die treffende Einrede entgegenſezt, da muß jene generelle Vorſchrift in den Hintergrund treten, und der Beklagte den faktiſchen Umſtand, welcher die Einrede begründet, in der Antwort auf die Klage zu ſeiner Vertheidigung anführen; ſo wenn das Landesgeſez den Mangel obrigkeitlicher Fertigung eines Vertrages zwiſchen Juden und Chriſten nur da beachtet wiſſen will, wo der verklagte Chriſt dieſen Mangel exzipirend erwähnt.

Abgeſehen von ſolcher Ausnahme iſt die aktenkundige Einrede ſowohl in facto, als in jure zu erſezen, d. h. es

7) Vgl. den Plenarbeſchluß des Oberappellationsger. v. 8. Nov. 1838 (Regierungsbl. S. 645).

8) Bl. f. Rechtsanw. Bd. III S. 132 ff.

9) Bl. f. Rechtsanw. Bd. III S. 133. — Nur auf den Fall, daß der Beklagte eine Antwort überhaupt abgegeben hat, geht die Aeußerung der Anmerkungen: „Es hindert auch nicht, daß man vermöge des vorhergehenden §. 2 mit denen nicht angebrachten Exzeptionen allezeit gleich ipso facto präkludirt wird; denn die exceptiones, welche ex actis erſcheinen, ſeynd in der That angebracht, wenn man ſie gleich nicht mit Namen genennt hat.“

10) Kreittmayr a. a. O.

steht der Supplirung nicht im Wege, daß der Beklagte weder den faktischen, noch den rechtlichen Grund der Einrede angeführt hat. Nach einem Ausspruche des OAG. muß dasselbe aus gleichen Gründen auch von dem behaupteten Widerspiele eines behaupteten und zum Klagegrunde gehörigen Umstandes gelten [11]).

Liegt einmal ein rechtskräftiges Beweisinterlokut in Mitte, welches die fragliche Einrede unbeachtet ließ, so kann die Supplirung nicht mehr eintreten [12]).

§. 10.

Wie die exceptiones verloren gehen.

Die Gerichtsordnung bestimmt:

„Exzeptionen, welche einmal mit Recht verworfen, präkludirt, durch rechtmäßige Renunziation, oder gar verjährt sind, sollen nicht mehr attendirt werden."

Hierüber ist zu bemerken:

1) Ob die Verwerfung mit Recht geschehen, kann natürlich nach eingetretener Rechtskraft des Urtheils, abgesehen von plazgreifender Restitution, nicht mehr untersucht werden. — Die Verwerfung kann sowohl ausdrücklich, als stillschweigend durch Uebergehung geschehen. Wurde in dem Urtheile, welches in der Hauptsache auf Beweis oder definitiv gegen den Beklagten erkennt, eine Einrede außer Beachtung gelassen [1]), so ist sie als verworfen an-

11) Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 188.

12) Die Ausübung der amtlichen Supplirungsbefugniß kann auch erst durch den Oberrichter geschehen, so ferne nämlich der Beklagte keine Veranlassung hatte, über das erstrichterliche Erkenntniß, in welchem die Supplirung unterlassen war, Beschwerde zu führen. Vgl. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 191.

1) Hierüber sind die Dispositivworte des Urtheils mit den Entscheidungsgründen zu vergleichen.

zunehmen. — Die Verwerfung kann eine unbedingte sein, oder sich nur auf das gegenwärtige Verfahren beziehen [2]).

2) Ueber den Verlust durch Präklusion vergl. oben Kap. V §. 10 und Kap. VI §. 2.

3) Die Lehre vom Verluste durch Verzicht gehört dem Civilrechte an.

4) Ueber die Verjährung der Einreden verordnet die Gerichtsordnung, eine Kontroverse des gemeinen Rechtes entscheidend [3]), daß sie nur gegen jene Einreden statthabe, welche auch klagsweise hätten angebracht werden können. Diese Vorschrift bezieht sich auf Rechtsverhältnisse, bezüglich welcher der jezige Verklagte zu einer und derselben Zeit in der Lage war, als Kläger aufzutreten und auch belangt zu werden; wie z. B. bei einem durch Betrug oder Zwang veranlaßten Rechtsgeschäfte, dessen Unwirksamkeit der Verlezte sowohl auf dem Wege der Klage, als auch, wenn er des Gegners Klage auf Erfüllung abwartet, auf dem der Einrede geltend machen kann [3a]). Sie paßt aber nicht, wo der jezige Verklagte früher einzig in der Lage war, klagen zu können, nun aber kein

2) Wenn z. B. die Einrede der Kompensation wegen Ungleichartigkeit des Gegenstandes der Gegenforderung verworfen wird. Vgl. fr. 7 §. 1 de compens. (16, 2).

3) Vgl. Unterholzner, Verjährungslehre Bd. II S. 156 f.; Seuffert, gesamm. rechtswissenschaftl. Abhandl. Nr. III; v. Savigny, System Bd. V §. 253 f.; Seuffert's Archiv Bd. I S. 163, Bd. VII S. 174.

3a) Ueber die Verjährung der Einrede aus dem ädilitischen Edikte s. Feust in den Bl. f. RA. Bd. XIV S. 6 f. Der Ablauf der Verjährungszeit, welcher erst nach Insinuation der gegnerischen Klage erfolgt, steht der exceptio redhibitoria oder quanti minoris nicht entgegen.

Klagerecht mehr, sondern nur noch ein Recht der Einrede hat [4]).

§. 11.

Was der Richter nach abgegebener Antwort zu thun habe.

Die regelmäßige [1]) Verfügung des Richters auf die Klagbeantwortung von Seite des Beklagten besteht in Aufforderung des Klägers zur Replikhandlung, im schriftlichen Verfahren durch ein Kommunikativdekret, im protokollarischen durch Ertheilung des Wortes an den Kläger zu genanntem Zwecke [1a]). Indessen kann die Prüfung des In-

4) Anwendung dieses Sazes auf die Einrede der Kompensation bei gegenseitigen Injurien — nach preußischem Rechte. Bl. f. Rechtsanw. Bd. V S. 318.

1) Eine Abweichung von der Regel kann auch darin bestehen, daß wegen formeller Mängel der Vernehmlassung die weitere Verfügung ausgesezt, die Ergänzung des Abgängigen aufgegeben, oder die Eingabe zur Verbesserung zurückgegeben wird. Bolgiano, vergl. Darst. S. 91 Note 1.

1a) Handelt es sich davon, eine mit Urkunden (auf die von der Novelle v. 1837 §. 18 Nr. 1 bezeichnete Weise) begründete Einrede im Falle Nichtantwortens von Seite des Klägers als „liquid und eingestanden" anzunehmen, so muß das Kommunikativdekret die Androhung des Präjudizes enthalten. Im gewöhnlichen Protokollarverfahren ist es im Hinblicke auf die vorausgegangene Belehrung, so ferne sich diese gebührendermaßen (s. oben Einleitung zu Kap. VI Note 3) auch auf die Wirksamkeit der §. 18 u. 19 auf Replik und Duplik erstreckt hat, nicht erforderlich, daß nach dem Vortrage der Erzeptionshandlung, wenn der Fall zur Anwendung des §. 18 Nr. 1 gegeben scheint, eine wiederholte Erinnerung an den drohenden Rechtsnachtheil in die Mitte trete. Vgl. übrigens unten §. 16, III.

haltes der Klagbeantwortung, welche überall vor Einleitung des weiteren Verfahrens stattfinden soll, Anlaß zu Verfügungen anderer Art geben. — Hat nämlich

1) der Beklagte den eingeklagten Anspruch unumwunden und ohne Einrede zugestanden, so hat die Sache den Charakter einer Streitsache verloren [1b]), sie ist viemehr in der Lage einer rechtskräftig entschiedenen, und es greift daher sofortige Einleitung des Exektionsverfahrens Plaz. Ist mit dem unbedingten Zugeständnisse die Bitte um Bewilligung eines Nachlasses oder Aufschubes verbunden, so ist diese dem Kläger zur Erklärung mitzutheilen.

2) Beschränkt sich die Antwort des Beklagten auf Verneinung des Klagegrundes, ohne Beifügung einer Einrede [1c]), und waltet auch hinsichtlich der rechtlichen Beurtheilung kein Zweifel ob [1d]), so hat der Richter, unter Abschneidung weiterer Verhandlung, sofort das nach Lage der Sache geeignete Beweiserkenntniß zu erlassen, resp. die Vorlage der Akten zur Abfassung desselben zu verfügen [2]).

1b) Vgl. hierüber Bl. f. Rechtsanw. Bd. III S. 225.

1c) Ueber den Fall, wenn eine (nicht vorgeschüzte) Einrede aus den Akten erhellt, s. den vorigen §en. In solchem Falle kann die Sache zu sofortigem Definitiverkenntnisse zu Gunsten des Beklagten gelagert sein, jedoch wohl nur höchst selten. Vgl. oben §. 9 Note 5. S. auch Bolgiano a. a. O. S. 97.

1d) Ueberall, wo es sich von einer bestrittenen Rechtsfrage oder einer zweifelhaften Subsumtion handelt, ist vorerst der weiteren Verhandlung stattzugeben.

2) Das Leztere überall, wo dem verhandelnden Einzelrichter die Befugniß, ein Erkenntniß zu erlassen, nicht zukommt. — Wenn es in dem §. 11 der Gerichtsordn. von diesem Falle ganz allgemein heißt, es sei dem **Beklagten** der nöthige

3) Hat der Beklagte auf dem Grunde vorgeschützter Einreden die Streiteinlassung verweigert, so sind folgende Fälle zu unterscheiden:

a) die Prüfung seines Vorbringens ergibt zweifellos, daß die fraglichen Einreden unbegründet oder doch nicht geeignet seien, die Befreiung von der Einlassung zu bewirken. Hier werden dieselben richteramtlich verworfen [2a]), und entweder — nämlich bei gerichtsablehnenden Einreden — neuer Termin zur Vernehmlassung anberaumt oder vorgesteckt, oder unter Verwirklichung der für diesen Fall gedrohten Folgen des Ungehorsams in der Hauptsache erkannt, resp. Aktenvorlage zur Abfassung des Erkenntnisses verfügt [3]).

b) Erscheint die Statthaftigkeit und Wirksamkeit der zur Befreiung von der Einlassung entgegengesetzten Einreden als zweifelhaft, so erfolgt Aufforderung zur Replikhandlung.

Beweis aufzulegen, so ist dies offenbar ein unwillkürliches Versehen. S. Kreittmayr und v. Stürzer zu dieser Stelle.

2a) Einreden nur angebrachtermaßen zu verwerfen, wie dies bei der Klage vorkommt, geht nicht an, Bl. f. RA. Bd. VI S. 247. S. auch Bolgiano a. a. O. S. 92. Aber die Motive der Verwerfung und die Abfassung des Ausspruches können allerdings von Einfluß sein, wenn es sich davon handelt, den Grund der Einrede, insbesondere die kompensationsweise geltend gemachte Gegenforderung, später auf dem Wege der Klage zur Anerkennung und Verwirklichung zu bringen. Dieser späteren Klagstellung steht jene Verwerfung, wenn sie nur wegen Mangels der Voraussezungen der Kompensation oder wegen Illiquidität geschehen, nicht im Wege. Vgl. Savigny, System Bd. VI S. 357; Seuffert's Archiv Bd. I S. 404 u. 406.

c) Ist eine gebrauchte Voreinrede begründet und sogleich mit Beweis vertreten, so hat der Richter nunmehr die Verfügung zu erlassen, zu welcher sie Anlaß gibt; z. B. die Klage hierorts oder angebrachtermaßen abzuweisen, wenn die Inkompetenz des angegangenen Gerichtes klar vorliegt, beziehungsweise die Untauglichkeit der Klagschrift überzeugend dargelegt wurde; oder die Beibringung des zur Herstellung der Streitfähigkeit oder Legitimation Fehlenden anzuordnen [4]); oder den Kläger zur Erklärung über Anerkennung oder eidliche Abläugnung der zum Beweise prozeßhindernder Einreden vorgelegten Urkunden aufzufordern, beziehungsweise (im schriftlichen Verfahren) Tagfahrt zur Vorlage der Originalien und zur Anerkennung oder eidlichen Abläugnung anzuberaumen [5]).

Vorstehende Grundsäze gelten so für das schriftliche, wie für das Protokollarverfahren; indessen pflegt man es bei lezterem, wenn beide Theile in Person oder durch Vertreter anwesend sind, mit der sofortigen richterlichen Einschreitung nicht so genau zu nehmen, vielmehr überall den Kläger noch mit einer Gegen=, sodann den Beklagten mit einer Schlußerklärung zu hören.

Wie zu verfügen sei, wenn der Kläger in der zur Verhandlung anberaumten Tagfahrt nicht erschienen ist, wurde bereits oben zu Kap. V §. 10 bemerkt. Von Erbittung einer neuen Tagfahrt zur Abgabe der Replik und

3) S. oben §. 3.

4) Vgl. oben §. 4.

5) Vgl. oben §. 3 Wird im mündlich protokollarischen Verfahren die Verhandlung, ohne daß eine solche Aufforderung in Mitte tritt, fortgesezt, und der replizirende Kläger unterläßt die Erklärung über die vorgelegten Urkunden, so gelten diese für anerkannt. S. oben §. 1 Nr. 1 lit. e.

zur Schlußverhandlung s. oben Vorbemerkung zu Kap. VI Nr. 5.

Nebstdem kann das auf die Klagbeantwortung zu erlassende Dekret noch von Amtswegen solche Verfügungen enthalten, welche aus dem Standpunkte der Prozeßleitung als zweckmäßig erscheinen, z. B. die Anordnung der Vorlage einer in Bezug genommenen Urkunde [6]).

§. 12.

Von der Replik.

Die Replik verhält sich zur Klagbeantwortung, wie diese zur Klage, und Alles, was bisher über die Natur der Einreden vorgetragen worden ist, gilt daher auch für die Replik. Wie bei der Antwort auf die Klage Einlassung und Einreden genau von einander zu unterscheiden sind, so ist auch in Bezug auf den Repliksaz die Beantwortung der thatsächlichen Fundamente der Einreden von den diesen entgegenzustellenden neuen thatsächlichen Behauptungen (Repliken im engeren Sinne) verschieden. In Hinsicht auf die Beantwortung der thatsächlichen Fundamente der Einreden gilt die in §. 1 oben angegebene Vorschrift, daß der Kläger jeden Thatumstand, welchen er widersprechen will, ausdrücklich bezeichnen und verneinend beantworten muß, und daß jeder nicht besonders und bestimmt widersprochene Thatumstand für zugestanden angenommen wird [1]).

6) S. oben §. 1 a. E.

1) Ges. v. 17. Nov. 1837 §. 21. Auch das oben S. 311 für den Fall der Nichterklärung auf vorgelegte Urkunden Gesagte ist in gleicher Weise hieher zu beziehen. — Wenn der Beklagte den thatsächlichen Klaggrund nicht blos einfach verneint, sondern auch durch positive Behauptung entgegenstehen-

Ebenso kommen hinsichtlich der Folgen des (gänzlichen) Ungehorsams die oben (Kap. V §. 10) erörterten Bestimmungen über die Nachtheile der unterlassenen Klagbeantwortung zur Anwendung [2]), d. h. es tritt der Ausschluß mit allen eigentlichen Repliken ein, und die durch Urkunden begründeten Einreden, wenn jene dem Richter entweder in Original, oder in beglaubigter Form vorgelegt und dem Kläger mit der Exzeption abschriftlich unter Androhung des gesezlichen Rechtsnachtheils mitgetheilt worden sind [3]), werden als liquid und eingestanden angenommen, rücksichtlich sonstiger Einreden aber wird der Beklagte zum Beweise gelassen [3a]).

der Thatsachen (s. g. exc. rei non sic sed aliter gestae s. oben S. 309) zu widerlegen gesucht hat, so ist der Kläger nicht verpflichtet, jene Behauptungen des Beklagten speziell zu widersprechen, und es kann aus der Unterlassung dieser Verneinung kein Nachtheil für ihn entstehen. Bl f. RA. Bd. VIII S. 19 f.; Bolgiano, vergl. Darst. S. 111 Note 2. Gleichwohl ist eine vorsorgliche ausdrückliche Erklärung über ein so beschaffenes Vorbringen des Beklagten immerhin anzurathen; sie ist erforderlich, wenn der Kläger die abweichende Geschichtserzählung des Beklagten gelten lassen, das darin liegende s. g. qualifizirte Geständniß acceptiren will. Vgl. Kreittmayr, Anmerk. zur GO. XII §. 1 lit. l; Bolgiano a. a. O. S. 112 vgl. mit S. 73.

2) Ebd. §. 20. Martin, Jahrbücher Bd. III S. 212 ff.

3) Vgl. oben S. 285 Note 6a. Der Rechtsnachtheil „als liquid und eingestanden" kann zufolge §. 18 der Novelle von 1837, auf welchen §. 20 verweist, ohne vorgängige Androhung nicht verhängt werden.

3a) Ohne daß es, im Falle die obenerwähnten Voraussezungen (vollständige Begründung der Einrede durch die Urkunde, Vorlage in Original oder beglaubigter Form, Mittheilung an den Kläger unter Androhung des gesezlichen Rechtsnach-

Das richterliche Amt zur Einredensupplirung unter den gesezlichen Voraussezungen (§. 9 oben) erstreckt sich wegen Gleichheit des Grundes auch auf Repliken [4]).

In wie ferne der Kläger im Replikſaze die Geschichtserzählung der Klagschrift verbessern, erläutern, ergänzen dürfe, ist oben zu Kap. IV §. 13 erörtert worden.

Ist in der Klagbeantwortung der Rechtsgrund der Klage bestritten worden, so liegt es in der Aufgabe des Replikſazes, die Rechtsausführung des Beklagten zu widerlegen [4a]). Hieher gehören auch Ausführungen über die Beweislast.

Hatte der Beklagte, zum Zwecke der Befreiung von der Einlassung, prozeßhindernde Einreden vorgebracht und sofort urkundlich liquid gemacht, so ist dennoch die Wirksamkeit der Repliken, welche der Kläger etwa entgegenzusezen hat, durch sofortigen Urkundenbeweis nicht bedingt, indem das gewöhnliche Verfahren definitive Erle-

theils) nicht gegeben sind, dem Beklagten zum Vortheile gereicht, daß sein exzeptivisches Verlangen auf vorgelegte sachdienliche Urkunden Bezug nimmt. Fiktion der Anerkennung derselben tritt gegen den völlig ungehorsamen Kläger nicht ein. Vgl. oben S. 284. Uebrigens greift natürlich die Einleitung eines Beweisverfahrens über die sonstigen Einreden nicht Plaz, wenn für eine die Klage vollständig perimirende Einrede das Präjudiz Nr. 1 (§. 18 der Nov. v. 1837) reasirt werden kann.

4) Bl. f. Rechtsanw. Bd. II S. 276.

4a) Wenn in der Replikhandlung nichts enthalten ist, als eine Vertheidigung des Rechtsgrundes der Klage oder eine die Gerichtszuständigkeit aufrechthaltende Ausführung gegen die rechtlichen Bedenken des Beklagten, so steht es in richterlichem Ermessen, mit Umgehung der Duplik den Aktenschluß zu verfügen. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 399.

digung der Rechtssache bezweckt, und demzufolge die Erprobung relevanter Thatumstände auf dem Wege des regelmäßigen Beweisverfahrens nicht abgeschnitten werden kann [5]).

Dem Kläger steht frei, statt der Replik den Beweis der widersprochenen Geschichte seiner Klage anzutreten [6]). Das Nähere hierüber unten zu Kap. XI §. 6.

§. 13.

Von der Duplik.

Die Aufgabe der Duplikhandlung des Beklagten ist, die in der Vernehmlassung vorgetragenen Einreden bezüglich der faktischen Begründung, jedoch ohne Aenderung des Wesens, zu erläutern und durch Rechtsausführung zu bestärken, sodann die gegnerischen Repliken in gleicher Art zu entkräften, wie solches der Replikhandlung im Verhältnisse zu den Einreden zukommt, und über die Beweislast das dem Beklagten Dienliche vorzutragen.

Rücksichtlich der Verbindlichkeit zu bestimmter und vollständiger Beantwortung der in der Replikschrift vorgetragenen Thatumstände und rücksichtlich der Folgen des Ungehorsams gelten die im vorstehenden §. hinsichtlich der Replik vorgetragenen Bemerkungen auch in Bezug auf die Duplik [1]). Ausdrücklicher Verzicht auf die Duplik zieht

5) Mittermaier im Archiv f. civ. Praxis Bd. I S. 448, 451. Bayer, Vorlesf. ed. VII S. 393 f. — Aus demselben Grunde kann dem Kläger der direkte Gegenbeweis nicht abgeschnitten werden. S. oben §. 3 Note 2.

6) Nov. von 1819 §. 16.

1) Hieher ist insbesondere auch das in Note 1 zu § 12 Gesagte zu beziehen. Vgl. v. d. Pfordten in den Bl. f. RA. Bd. VIII S. 21. Wenn in der Duplik von einer in der Replik

die Annahme des Zugeständnisses der zur Begründung von Repliken angeführten Thatsachen nach sich [2]).

Im Uebrigen darf der Beklagte in der Duplik außer den durch die Replik hervorgerufenen selbständigen Dupliken keine neuen faktischen Behauptungen vorbringen, insbesondere keine bereits versäumten Einreden nachschleppen; was natürlich auf diejenigen keine Anwendung findet, von denen Beklagter eidlich erhärten kann, daß sie sich erst nach bereits abgegebener Vernehmlassung hervorgethan haben [3]).

In wie ferne der Beklagte die in der Klagbeantwortung unterlassene Erklärung auf einzelne Umstände der klägerischen Geschichtserzählung duplizirend in dem Falle nachholen darf, wenn die im §. 17 der Nov. von 1837 angeordnete Belehrung unterblieben ist, wurde bereits oben S. 300 bemerkt.

Dem Beklagten steht frei, statt der Duplik den Beweis seiner Einreden anzutreten. Das Nähere hierüber unten zu Kap. IX §. 6.

§. 14.

Von der Triplik, Quadruplik und dem weiteren Schriftenwechsel.

Ueber die Duplik soll kein weiterer Schriftenwechsel mehr gestattet, sondern der Aktenschluß verfügt werden.

widersprochenen Einrede nichts mehr vorkommt, so kann darin ein Aufgeben derselben nicht gefunden werden. Seuffert's Archiv Bd. II S. 415 Nr. 329.

2) OAGE. v. 17. Dez. 1850 in den Bl. f. RA. Bd. XIX S. 333.

3) Nachträglich auf dem Restitutionswege vorgetragene Einreden veranlassen keine Mittheilung zur Triplikhandlung, sondern ein Zurückkommen auf die Replik.

Eine Ausnahme tritt ein, in so ferne erhebliche und nach Maßgabe des vorigen §. zulässige neue faktische Behauptungen darin vorkommen, in welchem Falle jedoch eine weitere Verhandlung nur über die nova allein und nur so weit gestattet werden darf, als es der Zweck der gehörigen Aufklärung des status causae et controversiae absolut erheischt.

Vom Schlusse der Akten vor der Entscheidung s. unten Kommentar zu Kap. XIV §. 2.

§. 15.

Uebergabe und Insinuation der Schriften.

Was oben zu Kap. V §. 8 über die Insinuation der Citation auf die Klage bemerkt worden ist, das findet auch auf die Insinuation der weiteren Prozeßschriften Anwendung.

Die Kosten der Insinuation, Taxen und Stempel des Dekretes hat der Extrahent, d. h. jene Partei, welche sie durch ihre prozessualische Handlung veranlaßt, einstweilen zu bestreiten (vorzuschießen). Die Gebühren für Ausfertigungen, welche nicht auf Antrag einer Partei, sondern von Amtswegen ergehen, hat einstweilen der Kläger vorzuschießen [1]).

§. 16.

Von Terminen ad excipiendum re- vel duplicandum. (Nebenbei von Fristen und Terminen im Allgemeinen.)

Die Gerichtsordnung handelt in dem gegenwärtigen §. nur von den Terminen im ersten Verfahren; allein die

1) Vgl. Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 97, woselbst die Grundlosigkeit der bei manchen Gerichten üblichen Praxis, alle

von diesen geltenden Regeln, insbesondere die hier zu erwähnenden Vorschriften des Prozeßgesezes vom 17. Nov. 1837 §. 29 ff., kommen auch bei den Fristen in anderweitigen Abschnitten des Prozesses zur Anwendung, so ferne für solche nicht besondere, bei Erörterung der treffenden Kapitel anzugebende, Normen bestehen.

Was nun

I. **Die Zeitlänge der Fristen** betrifft, so spricht die Gerichtsordn. aus, daß in der Regel eine monatliche Frist von 30 Tagen, wo nicht etwa die besondere Beschaffenheit der Sache oder Person eine längere oder kürzere Zeit erfordert, anberaumt werden soll. Diese Vorschrift der Gerichtsordn. paßt nur auf das Verfahren in schriftlichen Wechselsäzen; sie dient aber für die Anberaumung der Verhandlungstagfahrt im gewöhnlichen protokollarischen Verfahren zum Anhaltspunkt [1]).

Im Falle bei diesem die Schlußverhandlung verschoben wird, soll die neue Tagfahrt zur Abgabe der Replik und Duplik nicht über 14 Tage hinaus angesezt werden [1a]), und dieselbe oder nur eine achttägige Frist ist, wenn die erste dilatorische Ladung fruchtlos geblieben, für den zwei-

während des Rechtsstreites sich ergebenden gerichtlichen Sporteln und baaren Auslagen vom Kläger zu erheben und, wenn die Kompensation erfolgt, den Beklagten zur Vergütung der Hälfte des Betrages anzuhalten, nachgewiesen ist.

1) Vgl. Kreittmayr zu GO. VI §. 16 lit. b, wo bemerkt ist, dem Richter seien die Hände so weit frei, daß er nach Gestalt der Dinge (wobei auch die Kollision mit anderen Amtsgeschäften Einfluß hat) den Termin verkürzen oder verlängnen kann; indem die Umstände in diesem Stücke so sehr variiren, daß man solche unmöglich über einen Leisten schlagen kann.

1a) Ges. v. 17. Nov. 1837 §. 17 Nr. 3 lit. e.

ten peremtorischen Termin zur Klagebeantwortung bestimmt [1b]).

Von Sachen, in welchen beschleunigtes Verfahren durch Abkürzung der Fristen Plaz greift, war bereits oben zu Kap. III §. 3 die Rede.

II. Bei Berechnung der Frist wird der Tag der Insinuation nicht mitgerechnet, und wenn der lezte Tag auf einen Feiertag fällt, so läuft die Frist erst am nächsten Werktage aus [2]). Eben so ist, wenn eine Frist verlängert wird, deren lezter Tag auf einen Feiertag fiel, der Feiertag bei Berechnung des Zwischenraums nicht mitzuzählen [3]). Alles dies gilt aber nur von Kirchenfeiertagen, also weder von politischen, noch von Feiertagen der Synagoge [4]). Die Fristen zur Einreichung

1b) Vgl. GO. Kap. V §. 11 Nr. 2. In der Novelle von 1837 §. 17 ist freilich auf diese Bestimmung nicht ausdrücklich Bezug genommen, und man kann wohl nicht sagen, daß sich die Praxis an die darin gezogene Grenze halte.

2) Dies gilt auch dann, wenn mehrere Feiertage aufeinander folgen.

3) Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 246.

4) Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV S. 96, Bd. VI S. 32. „Bei der Anwendung der betreffenden Bestimmung“ (sagen die Motive eines OAGE. Bl. f. RA. Bd. X S. 111) „wird unter den „Kirchenfeiertagen“ der im Staate rezipirten Religionsgesellschaften nicht unterschieden. Eine solche Unterscheidung zu Gunsten oder zum Nachtheile einer der in Bayern, unter vollständiger gesezlicher Gleichstellung, bestehenden drei christlichen Kirchengesellschaften würde der Verfassungsurkunde Tit. IV §. 9 zuwiderlaufen. Es kommt auch hiebei weder die Konfession des Anwaltes, noch diejenige der Partei in Betracht, und eben so wenig kann eine Unterscheidung in dem Umstande begründet werden, ob bei dem Gerichte, wo die Sache anhängig ist, der Tag als Feiertag gehalten wird, da

von Schriftsäzen enden am lezten Tage um Mitternacht [5]).

III. Alle Fristen und Termine, sie mögen vom Geseze oder vom Gerichte anberaumt sein, sind Kraft des Gesezes peremtorisch, mit Ausnahme der ersten blos dilatorischen Vorladung des Beklagten zur Klagbeantwortung. Die Bestimmung der Gerichtsordn. in Nr. 4 des gegenwärtigen §en, wornach die Partei mit der Replik, Duplik oder einer weiteren Handlung allezeit gleich ipso facto präkludirt sein soll, wenn sie innerhalb des ersten Termins weder damit einkommt, noch auf gebührende Weise Prolongation sucht, findet nun auf alle Handlungen im Prozesse Anwendung.

Die peremtorische Eigenschaft ist im Allgemeinen nicht dadurch bedingt, daß die Ladung das gesezliche Präjudiz androht. Wo aber das Gesez die Bestimmung des Präjudizes dem richterlichen Ermessen anheimstellt [6]) oder die

in Bayern nirgends eine gesezliche oder organische Bestimmung über die Konfession der bei den einzelnen Gerichten angestellten höheren und niederen Beamten besteht." — Indessen hieße es doch die Konsequenz über die natürliche Grenze treiben, wenn man jezt auch Feiertage der griechischen Kirche zu Gunsten Anderer, als der Angehörigen derselben, als Hindernisse des Fristenablaufes betrachten wollte.

5) Bl. f. Rechtsanw. Bd. II S. 151. Wer indessen die Einreichung bis nach dem Schlusse des Gerichtslokals verspätet, kann nicht darauf rechnen, daß die Schrift noch angenommen werde.

6) Vgl. Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 111, Bd. V S. 46, Bd. IX S. 385 f. — Auch in den hier erwähnten Fällen wird der vorsichtige Sachführer, ungeachtet der fehlenden Androhung des Präjudizes, die Frist nicht versäumen; denn die Ansichten der Gerichte sind verschieden. Vgl. OAGE. v. 23. Juli 1844 Nr. 281 $^{26}/_{27}$. Bl. f. RA. Bd. IX S. 389.

Androhung in der Ladung ausdrücklich vorschreibt, darf diese Androhung, damit die Ladung in peremtorischer Eigenschaft wirksam sei, natürlich nicht fehlen.

Eine solche Vorschrift besteht im gewöhnlichen Verfahren für die wiederholte Ladung des Beklagten zur Antwort auf die Klage (s. oben S. 282), nicht aber für die Ladungen zur Replik, Duplik u. s. w. [7]). Immerhin ist der häufige Gebrauch, der Aufforderung zur Vornahme dieser Handlungen die Hinweisung auf §. 18 und 20 der Novelle von 1837 beizufügen, als angemessen zu billigen [7a]). Ueber den Fall, wenn vom Gegner des Ungehorsamen in Betreff einer mit Urkunden begründeten Einrede, Replik u. s. w. den §. 18 Nr. 1 in Anwendung zu bringen, beantragt wird, vgl. oben S. 284, 349.

IV. Das Gericht kann zwar die Folge des Ungehorsams nicht von Amtswegen und ohne Veranlassung, soll aber dieselbe alsdann aussprechen, wenn

a) die Beschuldigung des Ungehorsams von dem dazu berechtigten Theile angemeldet wird, — dann auch ohne solche Anmeldung, wenn

b) der andere Theil die ihm obgelegene Handlung oder ein Fristgesuch [8]) nach bereits verflossener Frist noch einreicht und nicht zugleich die ausdrückliche Erklärung der Gegenpartei beibringt, daß sie hiezu, mit Verzicht auf den Vollzug des sonst verwirkten Rechtsnachtheils, einwillige [9]).

7) GO. VI §. 16 Nr. 3 und 4. Vgl. §. 29 der Nov. 1837 mit §. 20 und 22 dieses Gesezes. Bolgiano in den Bl. f. RA. Bd. XII S. 273 und in der vergl. Darst. S. 98.

7a) Bezüglich des Klägers schon für die erste, in Ansehung des Beklagten dilatorische (monitorische) Ladung.

8) v. Spies Erläut. ed. II S. 50.

9) Nov. von 1837 §. 29. Auch der Anwalt kann diese Erklä-

War die ausdrückliche Einwilligung der Gegenpartei nicht beigebracht, und die verspätete Schrift wird dennoch, ohne die Folge des Ungehorsams auszusprechen, zur weiteren Verhandlung mitgetheilt, so muß hiegegen, um das Recht auf die verwirkte Folge des Ungehorsams aufrecht zu erhalten, remonstrirt werden [10]). Von Seite des Richters kann hierauf, der Remonstration entsprechend, Zurücknahme der ungeeigneten Verfügung plazgreifen [11]).

rung geben. Verhandl. d. K. d. Abg. von 1837 Bd. IX S. 325–6.

10) Vgl. §. 51 des angef. Gesezes. Zu dieser Remonstration läuft die dem Gegner des Ungehorsamen für die folgende Handlung vorgesteckte Frist. Bl f. RA. Bd. V S. 395. In Fällen anderer Art kann der Gegner sein Recht, gegen die Zulassung der verspäteten Erklärung Einspruch zu erheben, ohne Beschränkung auf eine Frist, noch geltendmachen, wenn später der zugelassenen Erklärung eine ihm nachtheilige Folge gegeben werden will; nach Maßgabe der Beschaffenheit des späteren Dekretes durch Verwahrung oder sofortige Beschwerdeführung an den Oberrichter. Indessen macht es die Verschiedenheit der Ansichten auch in Fällen der ersten Kategorie räthlich, mit der fraglichen Remonstration binnen der Verwahrungsfrist einzukommen. In der Rechtssache Nr. 655 11/12 wurde vom obersten Gerichtshof angenommen: Wenn der Richter einen schon versäumten Termin (es handelte sich von einem Termin im Beweisverfahren) noch als laufend betrachtet hat, und gegen das desfallsige Dekret eine Verwahrung nicht eingelegt wurde, so erwächst das den Termin als gewahrt annehmende Dekret in Rechtskraft.

11) Alle prozeßleitende Dekrete, welche der Richter zur Erledigung eines einseitigen Antrages oder auf eine Eingabe der einen Partei erläßt, können von ihm selbst auf rechtzeitige Verwahrung oder Remonstration zurückgenommen oder modifizirt werden. S. unten Kap. XIV §. 1. Vgl. Zeitschrift f. Gesezg. und Rechtspflege für Kurhessen H. I S. 87.

V. Um die Folge der Versäumniß einer Frist oder Tagfahrt auszusprechen, muß nicht vorliegen, daß die Versäumniß eine schuldvolle war; vielmehr wird dies so lange vermuthet, als nicht auf dem Wege des Restitutionsgesuches die Schuldlosigkeit dargethan wird.

Uebrigens sind die prozessualischen Fristen im Zweifel als nicht versäumt anzusehen, d. h. wenn die äußeren faktischen Merkmale der begangenen Versäumniß nicht mit Gewißheit vorliegen, und es auch nur zweifelhaft gemacht ist, ob die fragliche Schrift nicht schon vor Ablauf der Frist eingegeben worden, so können die für den Fall der Versäumniß gedrohten Nachtheile nicht eintreten[11a]).

VI. Anlangend die Verlängerung der Fristen, so sind die Parteien und deren Anwälte [12]) berechtigt, einander längere Fristen als die vom Geseze bestimmten (mit Ausnahme der Nothfristen) zu bewilligen. Auf kürzere als die gesezlich bestimmten Fristen kann keine Partei vom Richter beschränkt werden [13]), wodurch es jedoch den Parteien nicht benommen ist, durch Vertrag die Fristen kürzer zu bestimmen, als sie das Gesez anordnet [14]).

Glaubt eine Partei auf Verlängerung der anberaumten Frist Anspruch zu haben, so muß sie vor dem Ablaufe derselben darum nachsuchen. Das später angebrachte Gesuch wird nicht berücksichtigt. Um Verlegung einer Tagfahrt muß zu einer Zeit nachgesucht werden, daß dem Geg=

11a) Bl. f. Rechtsanw. Bd. III S. 191—2; Bd. XV S. 30.

12) Moritz, Real-Kommentar zu dem Ges. v. 17. Nov. 1837 S. 349, 350.

13) Ges. v. 17. Nov. 1837 §. 30.

14) Bl. f. Rechtsanw Bd. V S. 222.

ner noch rechtzeitig davon durch das Gericht Nachricht gegeben werden kann, oder es ist in besonders dringlichen Fällen von den fristsuchenden Partei wenigstens der Gegentheil gleichzeitig unmittelbar in Kenntniß zu sezen [15]).

Geschieht dies nicht, so sind jedenfalls, selbst wenn das Gesuch als begründet befunden wird, von dem Gesuchsteller dem Gegentheile die in Folge der zu spät oder gar nicht erhaltenen Nachricht verursachten Kosten zu ersezen.

Wird das Gesuch als unbegründet befunden, so tritt bezüglich auf den ersten Termin (den Termin, unter dessen Anberaumung die Aufforderung zu irgend einer Erklärung oder Verhandlung zuerst ergangen ist) für die Partei, oder, im Falle der Prozeß durch einen Anwalt geführt wird, für diesen eine Geldstrafe von 5 bis 10 fl. [16]), im wiederholten Falle (im Falle eines zweiten oder weiteren in Ansehung derselben Frist oder Termins-

15) Puchta, Anleitung zur Civilprozeßpraxis, S. 98. Erscheint der von der Terminsverbittung durch den Gegentheil rechtzeitig im Wege der Privatnotifikation benachrichtigte Anwalt dennoch bei Gericht, so steht es in richterlichem Ermessen, demselben die dafür angesezten Kosten und Gebühren zu streichen.

16) Diese Vorschrift so wie die unten folgenden beziehen sich aber nur auf den ersten peremtorischen Termin, nicht auf den ersten blos bilatorischen Termin zur Klagebeantwortung. Bl. f. Rechtsanw. Bd. VI S. 86. Wenn der Beklagte auf die erste dilatorische Ladung mit einem Frist- oder Verlegungsgesuche, wenn auch ohne alle Begründung, einkommt, so ist demselben stattzugeben, jedoch nunmehr die Ladung in peremtorischer Eigenschaft mit Androhung des Präjudizes zu erlassen. Wenn nun nochmals um Verlängerung oder Ver-

bestimmung gestellten Gesuches um Verlängerung oder Verlegung) aber die Folge des Ungehorsams ein [17]).

Die Verlängerung der Frist, so wie die Verlegung des Termins, findet ohne Zustimmung des anderen Theils oder seines Anwaltes nur Einmal statt, und in diesem Falle nur, wenn glaubwürdige Hinderungsursachen dargelegt sind [17a]). Jedes weitere Fristverlängerungs- oder Terminsverlegungsgesuch muß, selbst wenn es der Richter schon jetzt für unbegründet findet [18]), — und zwar das Verlegungsgesuch unter der

legung gebeten wird, so ist dies als erstes Fristverlängerungsgesuch im Sinne des §. 31 und der fg. zu behandeln.

17) Ges. v. 17. Nov. 1837 §. 31. Bl. f. RA. Bd. XIX S. 415. Die Folge des Ungehorsams in der Hauptsache tritt, wenn sich ein zweites oder weiteres Dilationsgesuch als unbegründet zeigt, auch dann ein, wenn die früheren als gegründet erachtet und bewilligt wurden. Bl. f. RA. Bd. XVII S. 167. Dagegen Bolgiano, vergl. Darst. S. 45 f.

17a) Mit der Würdigung dieser Hinderungsursachen und ihrer Glaubwürdigkeit soll es (bei dem ersten Dilationsgesuche) nach der Intention des Urhebers dieser Bestimmung mildrichterlich genommen werden. S. die flg. Note 18. — Vgl. übrigens Bl. f. RA. Bd. XIX S. 415.

18) Samhaber, das k. b. Prozeßges. v. 17. Nov. 1837 Würzb. 1838 S. 42. Moritz, Real-Kommentar S. 355. Das erste Fristverlängerungs- oder Terminsverlegungsgesuch kann ohne Vernehmung des Gegentheils sowohl bewilligt, als abgeschlagen werden. Der Entwurf lautete:

> Jedes Fristverlängerungs- oder Terminsverlegungsgesuch muß — letzteres unter der Eröffnung, daß der angesezte Termin nicht stattfinde — von dem Gegentheile mit Anberaumung einer kurzen Frist zur Erklärung mitgetheilt werden.

Eröffnung, daß der angesetzte Termin nicht stattfinde [18a]), — von dem Gerichte dem Gegentheile mit Anberaumung einer kurzen [19]) Frist zur Erklärung mitgetheilt werden. Erklärt er oder sein Anwalt sich nicht, oder nicht innerhalb der Frist, so ist das Gesuch als bewilligt anzusehen. Im Falle der Nichtbewilligung von Seite des Gegentheils hat das Gericht unter Beifügung kurzer Gründe zu entscheiden. Stillschweigende Bewilligung von Seite des Gerichtes findet nicht statt [20]).

Die bewilligte neue Frist wird allezeit von dem Tage an gerechnet, wo die vorige erloschen ist (vgl. auch oben Nr. II).

Die abweichende Fassung des Gesezes ging aus einem angenommenen Vorschlage des Referenten (Fhr. v. Holzschuher) hervor. Zur Motivirung desselben hatte dieser geäußert: Bei dem ersten Fristverlängerungsgesuche halte ich die Vernehmung des anderen Theils für unnöthig...... Entweder ist das erste Fristgesuch ohne allen Grund, so kann es vom Richter ohne weiteres als ungesezlich abgeschlagen werden; ist es aber nur einigermaßen glaubwürdig gemacht, so wird doch allerwärls und auch nach Kreittmayr's Anmerk. ad Cod. jud. §. 16, um das materielle Recht nicht mit eiserner Gewalt zu ertödten, die erste Befristung nicht erschwert, und läßt sich kaum denken, daß des anderen Theils Vernehmung etwas alteriren könne (Beilage-Band VI S. 83).

18a) S. hierüber unten Note 20a.

19) Nach der bisherigen Praxis nicht unter 3 und nicht über 14 Tagen. Puchta a. a. O. S. 101. v. Spies a. a. O. S. 52.

20) Ges. v. 17. Nov. 1837 §. 32. Bei Gesuchen um Suspension der Beweisfrist bis zum Eintreffen der oberrichterlichen Entscheidung findet stillschweigende Bewilligung allerdings statt. Bl. f. RA. Bd. XIV S. 381 (nach „Absatz" schalte

Fällt die richterliche Entscheidung gegen die Gewährung des zweiten oder eines weiteren Fristenverlängerungs- oder Terminsverlegungsgesuches aus, so ist zugleich der als Folge des Versäumnisses nach den betreffenden Bestimmungen der Prozeßgeseze verwirkte Rechtsnachtheil auszusprechen [20a]), und, so ferne es das Stadium des Prozesses mit sich bringt, z. B. wenn die Replik oder Duplik oder die Erklärung über den zugeschobenen Eid, in so ferne dieser das einzige Beweismittel war, ausgeschlossen wird, das Urtheil in der Sache selbst damit zu verbinden [21]), resp. Aktenvorlage zum Spruche zu verfügen.

Für die Bewilligung eines jeden Fristenverlängerungs- oder Terminsverlegungsgesuches wird das Dasein eines

ein „3"). Plenarbeschluß vom 16. April 1846 (Regbl. S. 275).

20a) Diese Verwirklichung des Rechtsnachtheils kann aber nicht geschehen, wenn in dem Termine, welcher nach dem Obigen (s. zu Note 18a) nicht stattfindet, zunächst der Gegner des Ungehorsamen handeln z. B. Urkunden produziren oder die Klage beantworten sollte. Wenn nun, weil der Termin nicht stattfindet, die Urkunden nicht produzirt, die Klage nicht beantwortet wurde, wie läßt sich da der Rechtsnachtheil fingirter Anerkennung oder des Ausschlusses mit der Replik verwirklichen? — In solcher Verwicklung nimmt die Praxis vom Ausspruche des verwirkten Rechtsnachtheils vorerst Umgang, indem neuerlicher Termin anberaumt, und als Folge des Ungehorsams nur eine Ordnungsstrafe nach §. 31 Abs. 4 des Ges. von 1837 verhängt wird. In Wiederholungsfällen läßt sich der Chikane nicht anders ein Ziel sezen, als indem man die Bestimmung vom „Nichtstattfinden des Termins" nothgedrungen außer Anwendung läßt. Ein endloses Spiel der Chikane kann vom Gesezgeber nicht gewollt sein.

21) Ges. v. 17. Nov. 1837 §. 33.

unverschuldeten Hindernisses erfordert. Ist das Hinderniß ein verschuldetes, so ist dem Gesuche um Verlängerung der Frist oder um Verlegung des Termins nicht stattzugeben; z. B. wenn die Partei [21a]) kurz vor dem Termine oder dem Ablaufe der Frist eine vielleicht wohl aufzuschiebende, oder doch erst nach Ordnung ihrer Rechtsangelegenheit zu unternehmende Reise angetreten, oder wenn der Anwalt in zwei Tagen ein Dokument produziren soll, welches er erst auf dem Wege der Korrespondenz sich verschaffen muß und vielleicht unter zehn Tagen nicht erhalten kann, während er schon seit drei Wochen das richterliche Dekret in Händen, aber bis jezt nicht angesehen hat [22]).

Das Gesez [23]) unterscheidet die Art und Weise sowohl des Hindernisses an sich, als der Nachweisung desselben, je nachdem das erste oder das zweite oder ein drittes und ferneres Fristgesuch in Frage steht. Es wird nämlich

a) für das erste Gesuch ein Hinderniß erfordert, welches in der Person der Partei oder ihres Anwaltes, oder in der Sache selbst liegt und glaubwürdig dargelegt, d. h. mit solcher Motivirung angegeben ist, daß der Rich-

21a) Wenn die Partei einen bevollmächtigten Anwalt hat, kann die Verhinderung der Partei selbst wohl nur dann ein Verlegungsgesuch begründen, wenn sie ein erhebliches Interesse, im Termine persönlich zu erscheinen, darlegt. Eben so müßte bei Fristgesuchen glaubhaft gemacht werden, daß und warum das in der Person der Partei eingetretene Hinderniß auch der Fertigung der Prozeßschrift durch den nicht verhinderten Anwalt entgegenstehe.

22) Puchta a. a. O. S. 108.

23) V. 17. Nov. 1837. §. 34, 35.

ter dessen Wahrheit zu bezweifeln nach den vorliegenden Umständen keinen Grund hat.

b) Für das zweite Gesuch wird eine „hinlängliche", d. h. Ueberzeugung oder doch hohe Wahrscheinlichkeit gewährende, Bescheinigung [24]) eines solchen Hindernisses erfordert, wodurch dem Gesuchsteller und seinem Anwalte das Handeln oder das Erscheinen bei der Verhandlung bedeutend erschwert wird [24a]).

c) Die Bewilligung eines dritten und ferneren Gesuches [24b]) darf nur stattfinden wegen bewiesener [25]) unverschuldeter Hindernisse, welche

α) dem Gesuchsteller (d. h. der Partei) das Handeln oder das Erscheinen bei der Verhandlung und in demselben Maße auch die Bestellung und Unterrichtung eines Bevollmächtigten, oder

β) dem unterrichteten Bevollmächtigten (insbesondere dem aufgestellten Anwalte) das Handeln oder Erscheinen in

24) Vgl. unten Kap. IX §. 2.

24a) Wenn der Anwalt durch Krankheit oder durch ein sonstiges Hinderniß abgehalten ist, so erscheint es der Natur der Sache zufolge nicht nöthig, daß auch die Partei verhindert sei. Wenn sie einen Bevollmächtigten aufgestellt hat, ist sie ja zu weiteren Handlungen in eigener Person nicht verpflichtet, und ihrer Verhinderung möchte um so geringerer Einfluß beizumessen sein, als sie ja doch nicht im Stande wäre, eine Prozeßschrift zu fertigen oder zu Protokoll zu rezessiren. Demzufolge pflegt man es in der Praxis mit der Schärfung des Erfordernisses, welches in dem Bindeworte „und" (seinem Anwalte) — enthalten ist, nicht genau zu nehmen. Es wäre jedoch unklug, es auf diese mildernde Gesezanwendung ankommen zu lassen, wo solches nicht gerade nöthig ist.

24b) Gesez v. 1837 §. 35, 36.

Person oder auch durch einen Bevollmächtigten unmöglich machen, oder

γ) welche die Erlangung der erforderlichen Aufklärung oder Beweismittel des angewendeten größten Fleißes ungeachtet verzögern.

Diese Hindernisse begründen Verlängerungs= oder Verlegungsgesuche auf so lange, als

zu α) die Unmöglichkeit selbst zu handeln oder einen Bevollmächtigten zu bestellen und zu unterrichten andauert;

zu β) so lange weder der unterrichtete Bevollmächtigte, noch dessen Stellvertreter handeln können, und auch der in Kenntniß gesezte Vollmachtgeber einen anderen Bevollmächtigten nicht unterrichten kann;

zu γ) so lange, als das Hinderniß nicht beseitigt ist.

Hängt diese Beseitigung nicht von dem Gesuchsteller, sondern von äußeren Umständen ab, und ist deren Ende ihrer Natur nach nicht abzusehen, so hat das Gericht nach Vernehmung der Parteien und nach sorgfältiger Erwägung aller Verhältnisse zu entscheiden, ob und wie der Sache gleichwohl Fortgang zu verschaffen, oder ob dem Prozesse zur Zeit Stillstand zu geben sei [26]).

25) Der Eid des Antragstellers ist zum Beweise nicht zuläßig. Ges. v. 22. Juli 1819 §. 7. Der Vorschlag des Fhrn. v. Holzschuher nach „bewiesener" beizusezen „oder allenfalls eidlich zu erhärtender" wurde verworfen. Verh. d. K. d. A. v. 1837 Bd. IX S. 349. Ueber das Verfahren bei solchen Nachweisen s. oben S. 24—25.

26) Der Suspension ist, wenn nicht die Parteien anders übereinkommen, nur dann stattzugeben, wenn es wahrscheinlich ist, daß das Hinderniß werde beseitigt werden, z. B. wenn der Archivar erklärt, die Urkunde, um deren Herbeischaffung es

VII. Zur Verhütung ungegründeter Fristgesuche ist bestimmt [27]), daß dem Advokaten die Ansätze für solche zum Besten des Pensionsfondes für die Hinterlassenen der Advokaten des Königreichs gestrichen werden [28]), vorbehaltlich weiterer Disziplinarstrafen im Falle des Muthwillens. Die Gerichte, welche gegen das Gesez die zweite, dritte oder weitere Fristenverlängerung oder Terminsverlegung bewilligen, verfallen in eine Strafe von 5 bis 50 fl. Diese Strafen sind sowohl auf Anzeige der Parteien, als von Amtswegen von den Obergerichten, wenn sie aus irgend einer Veranlassung die Uebertretung wahrnehmen, unnachsichtlich zu verfügen und zu erholen [29]).

sich handelt, sei im Archive vorhanden, könne aber zur Zeit, weil das in ein anderes Lokal verlegte Archiv noch nicht wieder geordnet sei, nicht aufgefunden werden. Anders, wenn noch gar keine bestimmte Spur gegeben ist, wo eine als Beweismittel dienliche Urkunde zu finden sei; hier ist dem Prozesse Fortgang zu geben; wird die Urkunde später gefunden, so mag dann Restitution nachgesucht werden.

27) Ges. v. 17. Nov. 1837 §. 37. Obiges gilt gleichmäßig von ersten und zweiten, wie von dritten und weiteren Frist- oder Verlegungsgesuchen. Volgiano, vergl. Darst. S. 47.

28) Dies bezieht sich auf die angesezten vom Klienten zu entrichtenden Taxen (Gebühr für die Anfertigung des Fristgesuches, Deservit); die Ansätze für Stempel, Kopialien u. s. w. werden zwar auch gestrichen, indem der Advokat auch die durch seine Schuld unnütz verwendeten baaren Auslagen nicht ersezt verlangen kann; aber zur Einziehung für die Advokatenwittwenkasse eignen sich diese baaren Auslagen nicht. v. Spies a. a. O. S. 55.

29) Eine derartige Anzeige der Partei gibt auch dem Obergerichte die Möglichkeit, im Falle einer unbegründeten Suspen-

VIII. Die vorgetragenen Bestimmungen über Fristen und Termine finden auch auf die Minderjährigen und die denselben Gleichgestellten Anwendung, vorbehaltlich des ihnen zukommenden Rechtes der Restitution, wovon unten zu Kap. XVI §. 1 näher die Rede sein wird.

dirung des weiteren Verfahrens Abhilfe eintreten zu lassen; eine eigentliche selbständige Berufung gegen das den Stillstand verfügende Dekret hat nicht statt. Vgl. Bl. f. RA. Bd. III S. 384. — A. M. v. Spies a. a. O. S. 54.

Siebentes Kapitel.

Von der Legitimation und Vollmacht.

Siebentes Kapitel.

Von der Legitimation und Vollmacht.

§. 1.

Wann die Legitimation erforderlich sei.

Wer nach dem, was oben zu Kap. III §. 6 über die persona standi in judicio vorgetragen wurde, bei Gericht selbst vorzustehen Fug und Macht hat, dem steht es auch frei, in eigener Sache bei Gericht zu erscheinen [1]). Wer aber Andere in ihren Rechtsangelegenheiten vor Gericht vertreten will, muß sich durch gehörige Vollmacht über die Ermächtigung hiezu ausweisen [1a]). Hat Jemand ohne

1) Ueber die Befugniß zur Einreichung von Schriftsätzen vergl. oben zu Kap. IV §. 10. Wenn eine ohne Anwalt vor Gericht erschienene Partei in dem zur protokollarischen Verhandlung anberaumten Termine nicht im Stande ist, sich dem Instruenten, z. B. hinsichtlich der Einreden gegen die Klage, verständlich zu machen, so steht es in der Befugniß des Gerichtskommissärs, die Verhandlung abzubrechen und eine solche Partei anzuweisen, sich durch einen Anwalt vertreten zu lassen. Bl. f. Rechtsanw. Bd. VI S. 48.

1a) Ein vorsichtiger Anwalt wird darauf bedacht sein, sich die Vollmachts-Ausfertigung sogleich beim Beginne der Vertretung zu verschaffen. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XI S. 36. Zur Er-

solche Ermächtigung für einen Dritten Verhandlungen gepflogen, so sind dieselben nichtig, wenn sie nicht rechtsgiltig ratihabirt werden [2]). Vgl. unten §. 7.

Die Beibringung der Vollmacht kann in jeder Lage des Prozesses von den Parteien und soll sogleich im Anfange desselben [2a]) von Amtswegen, nöthigen Falls unter Androhung von Geldstrafen, gefordert werden [3]). Der

neuerung einer angebrachtermaßen abgewiesenen Klage bedarf es keiner neuen Vollmacht, so ferne die frühere überhaupt auf Verfolgung des in der früheren wie in der neueren Klage gleichmäßig erhobenen Anspruches gerichtet war. Bl. f. RA. Bd. XIII S. 48.

2) Fr. 11 qui satisd. (2, 8); fr. 5 ratam rem (46, 8).

2a) Die genaue Einhaltung dieser Vorschrift, die Berichtigung des Vollmachtspunktes am Anfange des Prozesses betr., ist, um späteren jahrelangen Verwicklungen vorzubeugen, dringend anzurathen. Vgl. Zink, kurze Anleitung zur Anfertigung schriftlicher Vorträge S. 182 f.

3) Erk. des Appellationsger. für den Rezatkreis vom 16. April 1833 (Appellationsgerichtsakt. 887 $^{31}/_{32}$). Im Falle der Mandant die Ratihabition weigert, kann der Anwalt, welcher auf dessen mündlichen Auftrag gehandelt hat und nun zur Beibringung der Vollmacht gedrängt wird, in die Lage kommen, gegen Ersteren auf Genehmhaltung klagen zu müssen, woran sich dann eine nothwendige Verlängerung der Frist zur Vollmachtsbeibringung und Aussetzung des Hauptstreites knüpft. Bl. f. RA. Bd. XI S. 35 f. Vgl. OAGE. in Nr. 1541 $^{51}/_{52}$ und 803 $^{50}/_{51}$. Zink a. a. O. S. 183 f. — Mit Zwangsmaßregeln kann gegen den Rechtsanwalt nicht eingeschritten werden, wenn anzunehmen ist, daß er die Beibringung eines Ratifikatoriums mit weiterer Bevollmächtigung nicht aus Nachlässigkeit, sondern aus Gründen unterließ, deren Beseitigung außer seiner Macht liegt. OAGE. v. 7. Mai 1842 (Nr. 1233 $^{10}/_{11}$) in Arends Samml. Bd. III S. 307

Auftrag zur Beibringung wird an den aufgetretenen Anwalt gerichtet, nicht an die Partei. Der Anwalt kann sich seiner Verbindlichkeit durch Hinweisung des Gerichtes an die Partei nicht entziehen; einem Ansinnen an das Gericht, den (etwa ausgewanderten) Kläger von Amtswegen öffentlich oder im diplomatischen Wege zur Fortsezung des Prozesses oder zur Vollmachtsertheilung aufzufordern, ist nicht stattzugeben. Muß nach fruchtlosem Verlaufe der vorgesteckten Fristen angenommen werden, daß der Anwalt die abgängige Vollmacht beizubringen nicht im Stande sei, so wird mit dem Ausspruche dieses Ergebnisses das Verfahren geschlossen, vorbehaltlich weiterer Anträge des Gegners, wenn diesem an der Fortsetzung und Entscheidung des Streites oder am Kostenersatze gelegen ist [4]).

Ueber die Insinuationsmandatare vgl. oben zu Kap. V §. 8.

§. 2.

Wie die Vollmacht beschaffen sein müsse.

Anlangend

I. **den Inhalt** der Vollmacht, so wird dazu erfordert:

1) die vollständige Bezeichnung der Parteien und des Anwaltes;

2) die Angabe des Gegenstandes des Rechtsstreites;

3) der Auftrag, alles Dasjenige vorzunehmen, was zur Vertretung der Sache vor Gericht gehört;

4) die namentliche Anführung derjenigen Spezialvollmacht erfordernden Handlungen (§. 9 unten), zu wel-

4) OAGE. in Arends Samml. Bd. IV S. 126—133.

chen der Gewaltgeber dem Anwalte allenfalls Vollmacht ertheilen will;

5) die Benennung des Gerichtes, bei welchem der Rechtsstreit zu führen ist; zur Vermeidung der sonst erforderlichen Ausstellung einer neuen Vollmacht, mit dem Beisaze: oder wohin sich die Sache sonst eignen möchte;

6) der Ort und Tag der Ausstellung;

7) die Unterschrift oder das Handzeichen des Ausstellers.

Blanquete, d. h. Urkundsformulare, welche zwar bereits Unterschrift und Fertigung, dagegen zur Eintragung der besonderen Merkmale des Geschäftes, zu dem man sie seiner Zeit verwenden will, leeren Raum enthalten, können als Vollmachten nicht gelten und sind ohne Wirkung.

Wird eine allgemeine Vollmacht zur Vertretung in allen Rechtsangelegenheiten und vor allen Gerichten ertheilt (procuratorium generale — eigentlich universelle Vollmacht), — so modifizirt sich natürlicher Weise der Inhalt darnach [1]).

Was

II. die Form der Vollmacht betrifft, so haben

1) unsiegelmäßige Personen dieselbe vor Gericht auszustellen, und zwar entweder vor dem Gerichte, wo die Streitsache anhängig ist oder werden soll, zu Protokoll, oder vor ihrem ordentlichen Gerichtsstande durch Ausfertigung einer Urkunde auf den Grund protokollarischer Erklärung [1a]). Wenn jedoch

1) Bl. f. Rechtsanw. Bd. V S. 404.

1a) Unterzeichnung des Protokolls durch den Vollmachtgeber ist nicht unerläßlich. OAGE. v. 14. Juni 1848 in den Bl. f. RA. Bd. XV S. 128. Nach demselben OAGE. ist die Be-

a) ein Ausländer, der in Bayern einen Prozeß zu führen hat, während eines vorübergehenden Aufenthaltes in Bayern die Vollmacht bei dem Gerichte seines Aufenthaltsortes ausstellt, so gilt hier der Aufenthaltsort für den Wohnort;

b) mehrere Streitgenossen, wenn sie gleich unter verschiedenen Gerichten wohnen, können die gemeinschaftliche Vollmacht bei dem ordentlichen Gerichtsstande eines aus ihrer Mitte zu Protokoll geben [2]).

2) Siegelmäßige Personen (vgl. zu Kap. IV §. 10 oben) können ihre Vollmacht unter siegelmäßiger Fertigung ausstellen. Dabei kann zufolge der Bestimmung des §. 2 der VIII. Beil. zur Verf. Urk. die in der Gerichtsordnung Kap. XI §. 2 Nr. 3 vorgezeichnete Mitfertigung durch einen siegelmäßigen oder zwei andere Zeugen nicht mehr gefordert werden. Wohl aber muß noch eine obrigkeitliche (nicht gerade gerichtliche) Beglaubigung hinzukommen, wenn die Unterschrift und Fertigung des siegelmäßigen Vollmachtausstellers dem Gerichte, welchem die Vollmacht überreicht wird, nicht bekannt sind. Wenn die Partei die Prozeßschrift mit ihrem Anwalte unterzeichnet, so gilt dieses zugleich als Vollmacht für die vorliegende Prozeßschrift.

3) Vollmachten und Erklärungen, welche Ausländer im Auslande ausstellen [3]), müssen von der Obrigkeit des Ortes der Ausstellung legalisirt, oder im Falle eines darüber errichteten Notariatsinstrumentes von derselben be-

vollmächtigung für konstatirt zu achten, wenn ein Anwalt in Gegenwart der von ihm vertretenen Partei handelte, und Letztere keinen Einspruch erhob. Ebd.

2) Bl. f. Rechtsanw. Bd. II S. 243.

3) Die Vollmacht ist rücksichtlich ihrer Form nach dem Gesetze der Ausstellung zu beurtheilen. Mittermaier im Arch. f. d. civ. Prax. Bd. XIII S. 312.

zeugt sein, daß der adhibirte Notar ordentlich rezipirt sei, und die in Frage stehende Handlung nach den dortigen Gesezen habe vornehmen können. Wo wegen weiter Entfernung über die Richtigkeit solcher Zeugnisse noch Bedenken entstehen könnten, sollen die Parteien die Bestätigung der höheren Landesstellen oder auch nach Beschaffenheit der Umstände der akkreditirten bayerischen Gesandtschaften beizubringen trachten [4]).

Die an der überreichten Vollmacht bemerkten Mängel hat das Gericht zu rügen und zu deren Abhilfe einen Termin von längstens einem Monat unter Androhung einer willkürlichen Geldstrafe (anfangs gewöhnlich von 1 Thlr.) vorzustecken.

Die hier erörterten Vorschriften über die Förmlichkeiten der Vollmacht gehören übrigens nur der Gerichtsdisziplin an, und es ist die Bevollmächtigung zu Prozeßhandlungen keineswegs nur dann unter den Parteien und deren Bevollmächtigten wirksam, wenn sie in der gerichtsordnungsmäßigen Form ausgestellt worden ist. Wenn daher der Prozeß wegen Mangels der Bevollmächtigung als nichtig angefochten wird, so ist, um diese Anfechtung zu beseitigen, blos darzuthun, daß der Vertreter auf eine nach dem Civilgeseze des Ortes wirksame Weise bevollmächtigt war. Nach gemeinem uud bayerischem Civilrechte bedarf es keiner Form, und der Mangel der in der Gerichtsordnung gebotenen Förmlichkeiten steht der Wirksamkeit des Vollmachtsverhältnisses nicht im Wege [5]).

4) Verordn. v. 6., resp. 19. April 1805, die Vollmachten und Erklärungen der nicht anwesenden Ausländer bei Gericht betr., Regierungsbl. S. 553. Das Privilegium der Siegelmäßigkeit gilt für Ausländer nicht, da es staatsrechtlicher Natur ist.

5) Erk. des Appellationsger. des vorm. Rezatkr. v. 30 und 31. Mai 1834. Akten v. J. 18²⁸/₂₉ 599, 620, 640.

III. Wird im Namen mehrerer Streitgenossen gehandelt, so ist zwar wegen der vermutheten Vollmacht, welche ein Streitgenosse von dem andern hat, nicht schon bei dem Beginne der Verhandlung auf Beibringung einer ausdrücklichen Bevollmächtigung von Seite sämmtlicher Genossen zu bestehen, wohl aber dem Anwalte vor Erlassung eines Urtheils [5a]) diese Beibringung aufzugeben, oder das litis consortium von Amtswegen zu formiren, d. h. von Amtswegen die Erklärung aller Interessenten über ihren Beitritt zum Prozesse und zur Bevollmächtigung des gemeinsamen Anwaltes zu erholen.

Die Regel der Vertretung durch einen gemeinsamen Anwalt leidet eine Ausnahme, wenn die Streitgenossen als Beklagte verschiedene Vertheidigungsmittel haben, und in dieser Beziehung entweder überhaupt nicht in Gemeinschaft der Vertheidigung stehen, oder sogar mit ihren Interessen kollidiren [6]).

§. 3.

Wer Vollmacht geben kann.

Derjenige, dem die persona standi in judicio abgeht (Kap. III §. 6 oben), kann auch keinen Anderen statt seiner zur Rechtsverfolgung oder Vertheidigung aufstellen. Der Bevollmächtigte ist einen Anderen statt seiner zu bevollmächtigen nur dann befugt, wenn seine Vollmacht die Substitutionsklausel ausdrücklich enthält. Der Substitut hat zu seiner Legitimation mit der Substitutionsvollmacht

5a) Von Sistirung des Urtheils wegen Abganges der Bevollmächtigung von Seite eines Streitgenossen s. ein OAGE. in den Bl. f. RA. Bd. XV S. 380.

6) B. f. Rechtsanw. Bd. II S. 8, Bd. XV S. 379.

auch die Hauptvollmacht vorzulegen. Alle, welche, wie Vormünder, Kuratoren, in fremdem Namen bevollmächtigen, müssen der Vollmacht den urkundlichen Beweis der Eigenschaft, in der sie die Vollmacht ertheilen (tutorium, curatorium), beifügen, wenn diese Eigenschaft nicht ohnehin schon gerichtskundig ist. Da, wo nach den einschlägigen Civilgesezen der Konsens der obervormundschaftlichen Behörde zur Beginnung eines Rechtsstreites erfordert wird, ist auch dieser beizulegen.

§. 4.

Wem man Vollmacht geben könne.

„Jedermann kann als Anwalt bei Gericht gebraucht werden, dem es in den Rechten nicht ausdrücklich verboten ist" [1]). Diese Regel bezieht sich aber nur auf mündliche und auf schriftlich-protokollarische Verhandlung, da, wie bereits oben zu Kap. IV §. 10 erwähnt ist, bei Schriftsäzen von Unsiegelmäßigen die Mitunterzeichnung eines rezipirten Advokaten erfordert wird.

Unter die Personen, denen die Anwaltschaft verboten ist, gehören:

1) Alle, denen es an hinreichendem Verstand und Geschicklichkeit mangelt [1a]);

2) Kuratelmäßige und Minderjährige, und zwar, abweichend von der civilrechtlichen Volljährigkeit von 21 Jahren, unter 20 Jahren;

1) Eine Ausführung darüber, daß diese Regel auch heuzutage noch in Wirksamkeit bestehe — s. in Komment. Bd. I S. 376 f.

1a) Damit sind keineswegs alle Personen gemeint, welche nicht als öffentliche Rechtsanwälte bestellt sind. S. Bl. f. RA. Bd. XII S. 206.

3) Diejenigen, denen die Anwaltschaft wegen verübter Ungebühr bereits niedergelegt ist [2]);

4) Mitglieder geistlicher Orden ohne Konsens ihrer Oberen;

5) weibliche Personen, ausgenommen in Sachen ihrer Verwandten;

6) Staatsdiener bedürfen zur Uebernahme von Anwaltschaften besonderer königlicher Erlaubniß [3]).

Die Gerichtsordnung erwähnt als der Anwaltschaft unfähig auch noch die Ehrlosen, was jetzt nicht mehr anwendbar ist [4]).

Der durch einen ungeeigneten Vertreter Erscheinende kann nicht als ungehorsam ausgeblieben angesehen werden [4a]).

Es kann Jemand in der nämlichen Sache wohl mehrere Anwälte bestellen, jedoch zur Vermeidung von Verwirrungen und Verzögerungen nur substitutionsweise. Eben so muß, wenn auch mehrere Advokaten zugleich bestellt

2) Ueber die Suspension rezipirter Rechtsanwälte vgl. Kommentar Bd. I S. 362 ff.

3) Hofr. Ordn. v. 16. Aug. 1779 §. 7, Verordn. v. 31. Mai 1788, 31. März 1794, 15. Juni 1796, 26. Febr. 1798. Mayr, Gen. Samml. Bd. I S. 160, Bd. IV S. 1069, Bd. V S. 32 §. 54, Bd. VI S. 30. Reskr. v. 31. Aug. 1812 (Nov. z. Gerichtsordn. Bd. III S. 131), Verordn. v. 30. Sept. 1819, Vormundschaftsübernahme von Seite der Staatsdiener betr., Regbl. S. 937. Die von der Gerichtsordn. in Ansehung der Staatsdiener gemachte Ausnahme „so weit es nicht ihre Verwandte oder sie nahe angehende Personen betrifft" gilt heut zu Tage nicht mehr.

4) StGB. Th. I Art. 24 Anmerk. Bd. I S. 105.

4a) OAGE. v. 30. Dez. 1846 in den Bl. f. RA. Bd. XIII S. 94 f.

werden können, um zu konsuliren oder an einer Prozeßschrift zu arbeiten [5]), doch Einer als Hauptanwalt benannt werden, an den sich das Gericht in disziplinärer Beziehung hält [6]).

Ueber die Vertretung juristischer Personen ist bereits zu Kap. III §. 6 und über die Anwaltschaft für mehrere Streitgenossen zu §. 2 oben gehandelt worden.

§. 5.

Von dem präsumirten oder quasi-procuratore.

Die Vollmacht wird vermuthet,

1) wenn der angebliche Anwalt mit dem Prinzipal in einer legitimen Verwandtschaft steht, und zwar in gerader Linie ohne Unterschied des Grades und ohne Einschränkung auf die väterliche Gewalt [1]), in der Seitenlinie und bei der Schwägerschaft bis auf den dritten Grad der bürgerlichen Berechnung;

2) bei Verehelichten, sowohl was den Mann [2]), als was die Frau betrifft;

5) Anmerk. z. d. St. lit. i; jedoch soll der Gegenpartei auch einer bei selbigem Gerichte übrig bleiben. Nach Gerichtsordn. Kap. II §. 5 Nr. 5 soll einer Partei bei den Justizdikasterien mehr nicht als zwei und bei den unteren Gerichten nur Einen Advokaten zu bestellen erlaubt sein. Diese Beschränkung ist in Folge der veränderten Verhältnisse nicht mehr anwendbar.

6) Vgl. Stürzer, Bemerkungen S. 560.

1) In Rechtsstreiten über Gegenstände, die zum peculium adventitium ordinarium gehören, handelt der Vater kraft eigenen Rechtes, so ferne nur der ususfructus in Frage steht. Ueber Vertretung minderjähriger oder abwesender Kinder. Anmerk. z. d. St. lit. b. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XIII S. 47.

2) Dies versteht sich nur von Prozeßführung über bona recep-

3) bei Streitgenossen;

4) bei verpflichteten und immatrikulirten Advokaten, wenn sie die zur Sache gehörigen Instrumente oder Manualakten mitbringen [3]).

In allen diesen Fällen wird erfordert, daß die von dem Geseze unterstellten Verhältnisse unbestritten, oder erwiesen, resp. notorisch sind, und daß der Prinzipal selbst sich in der Lage befinde, einen giltigen Auftrag zum Prozessiren ertheilen zu können.

Auch ist die vermuthete Vollmacht nur da wirksam, wo kein Spezialmandat erfordert wird (§. 9 unten), und enthebt der Nothwendigkeit der Beibringung der Genehmigung des Prinzipals nicht. Hiezu haben die Gerichte noch vor dem Beschlusse der Sache einen kurzen Termin vorzustecken.

titia; in so ferne es sich um Dotal- oder Paraphernalgüter handelt, ist der Ehemann nur bei einem Streite über das Eigenthum verbunden, vor dem Definitivbescheide die Zustimmung seiner Ehefrau beizubringen. Vgl. Seuffert's Archiv Bd. II S. 384. — Ueber Befugniß der Ehegatten zur Prozeßführung nach Eichstätter Recht s. Bl. f. RA. Bd. XIII S. 91; nach Würzburger Recht, wo es nach der Natur der dort geltenden allgemeinen Gütergemeinschaft einer Bevollmächtigung des Mannes von Seite der Frau nicht bedarf, s. OAGE. in Nr. 1317 11/15.

3) Dies bezieht sich nur auf die Vornahme irgend einer für Den, als dessen Anwalt der Advokat auftritt, präjudizirlichen Handlung, nicht auf ein Gesuch von der Art, daß es der Partei nur vortheilhaft sein kann, wie z. B. ein Gesuch um Akteneinsicht, um einstweilige Suspension der Beweisfrist. Hier hat der Advokat nicht nothwendig, zur Begründung des präsumtiven Mandates vorerst die zur Sache gehörigen Instrumente beizulegen. Bl. f. RA. Bd. IV S. 159.

Bis zur Beibringung der Genehmigung müssen die präsumirten Anwälte, mit Ausnahme des Vaters und des Ehemannes, de rato entweder durch Bürgen, oder Unterpfand, oder Hypothekbestellung, oder wenigstens mittelst gerichtlicher Angelobung oder siegelmäßiger Fertigung Kaution für das Interesse leisten, welches die Gegenpartei dabei hat, daß die Genehmigung nicht verweigert werde. Wenn, bevor die Genehmigung beigebracht ist, der Prinzipal stirbt und den präsumirten Anwalt als Erben hinterläßt, so kann derselbe die gepflogenen Verhandlungen wegen Abganges der Legitimation als nichtig nicht anfechten; es würde ihm die exceptio doli entgegenstehen [4]).

§. 6.

In was für Sachen kein Anwalt zugelassen werde.

Anwälte sind auch da, wo die Partei selbst zu erscheinen nicht gehindert ist, in Civilsachen zulässig, in so ferne nicht das Gesez das persönliche Erscheinen der Partei vorschreibt, z. B. in der Regel bei Eidesleistungen (vgl. unten zu Kap. XIII §. 1), oder bei den Aussöhnungsversuchen, bei Verhandlung von Ehestreitigkeiten der Protestanten (vgl. oben S. 48); oder wenn der Richter aus besonders erheblichen Ursachen das persönliche Erscheinen der Partei oder das Entfernen der Advokaten für nöthig findet, z. B. bei Vergleichsversuchen [1]). Ausgeschlossen

4) Arg. fr. 1, pr. fr. 2 de exc. rei vend. et trad. (21, 3); fr. 4 §. 32 de doli mali et met. exc. (44, 4).

1) Ob eine erhebliche Ursache zur Fernhaltung des Anwaltes von einer Handlung obwalte, hängt von dem Ermessen des Richters ab, und es genügt hiezu schon die Besorgniß, daß der Anwalt, in dessen pekuniärem Interesse der Fortgang des Pro-

sind die Advokaten in der Regel von dem Amte eines Massekurators im Konkurse [2]), und gänzlich von der Zuziehung zu Vergleichversuchen vor den Gemeindebeamten (vgl. oben zu Kap. III §. 7).

§. 7.

Von falschen Anwälten.

Wer für einen Anderen bei Gericht auftritt, ohne daß ihm eine vermuthete Vollmacht (§. 5) zur Seite steht, oder daß er mit einer ausdrücklichen Vollmacht versehen ist, oder wessen Vollmacht als ungiltig oder unzulänglich erscheint, soll als falscher Anwalt nicht zugelassen, vielmehr sogleich ab=, oder doch zu Ergänzung der Vollmacht angewiesen werden.

Ist er aus Versehen dennoch zugelassen worden, so ist alles von ihm Verhandelte nichtig, und derselbe verbunden, alle Kosten und Schäden zu ersezen, so wie auch das Gericht im Disziplinarwege gegen ihn einzuschreiten befugt ist [1]).

Ist vor dem Endbescheide ratihabirt, so konvaleszirt die Verhandlung, auch wenn vorher gegen die Anwaltschaft exzipirt wurde, wogegen in lezterem Falle durch die erst nach dem Bescheide erfolgte Ratifikation der Mangel gehöriger Bevollmächtigung nicht mehr ergänzt werden kann [2]).

zesses liegt, einem Vergleichsabschlusse hinderlich sein könnte. Bl. f. RA. Bd. XIX S. 95.

2) Gesez vom 22. Juli 1819 §. 35. Vgl. Gönner, Kommentar S. 448 ff. — Das Nähere hierüber unten Kap. XIX §. 18.

1) Disz. Vorschr. v. 23. März 1813 (Regierbl. S. 425) §. 9.

2) Anmerk. z. d. St. a. E. Es kann also in solchem Falle der

Die nachholend beigebrachte Vollmacht hat rückwirkende Kraft hinsichtlich aller bis dahin vorgenommenen Handlungen, auch wenn sie eine ausdrückliche Genehmigung nicht enthält [3]).

Uebrigens ist das Ratifikatorium an dieselben Förmlichkeiten, wie die Vollmacht (§. 2 oben) gebunden, und es genügt daher insbesondere eine von der Partei eigenhändig unterzeichnete von dem Rechtsanwalt legalisirte Eingabe nicht.

§. 8.

Kommunikation der Vollmacht.

Ueber die Vollmacht ist der Gegentheil mit seinen Erinnerungen zu hören; zu diesem Ende wird sie ihm entweder mit dem treffenden Schriftsaze, oder besonders kommunizirt, oder in der Tagfahrt zur Verhandlung vorgelegt, im lezteren Fall um sich darauf sogleich, im ersteren um sich darüber binnen einer kurzen Frist zu erklären [1]).

Gegner, zu dessen Nachtheil das Erkenntniß ausgefallen ist, dasselbe, so wie die vorausgegangenen Verhandlungen, als nichtig anfechten. Stürzer bemerkt (S. 563) „In praxi läßt man in omni stadio processus auch post sententiam Ratifikation gelten, was auch vernünftig ist.“ Die Angemessenheit dieser angeblichen Praxis läßt sich jedoch bezweifeln. Hat eine Partei die Bevollmächtigung ihres Anwaltes bis nach dem Endbescheide verschoben, so hat sie die Wirksamkeit desselben in der Hand; sie kann, je nachdem er günstig oder nachtheilig ausfiel, ratihabiren, oder alles Geschehene zu nichte machen. Es wäre nun nicht vernünftig, den Gegner einem solchen Spiele schutzlos preiszugeben.

3) Vgl. Stürzer, Bemerkungen S. 563.

1) Wird sich auf eine bereits zu anderen Akten desselben Gerichtes

Werden Erinnerungen vorgebracht, so ist hierüber summarische Verhandlung zu pflegen, ohne jedoch, so ferne die Hebung der gerügten Mängel wahrscheinlich ist, die Verhandlung in der Hauptsache darüber zu sistiren.

§. 9.

Wie weit sich die Spezial= und Generalvollmacht erstrecke.

Die Vollmacht bezieht sich entweder nur auf eine oder mehrere speziell benannte gerichtliche Handlungen (Spezialvollmacht), oder sie umfaßt die Führung einer Rechtssache im Allgemeinen (Generalvollmacht). Die erstere geht nur auf den oder die speziell genannten Akte, und in Bezug auf alle übrigen nicht erwähnten Handlungen erscheint ein solcher Bevollmächtigter als ohne Vollmacht.

Die leztere umfaßt alle in dem Rechtsstreite (Klage und Widerklage) [1]) vorkommenden Handlungen, zu denen nicht wegen ihres großen Präjudizes eine spezielle Bevollmächtigung erfordert wird [1a]). Zu lezteren gehören

übergebene universelle Vollmacht bezogen (§. 2 oben), so muß von derselben zu dem gegenwärtigen Akt beglaubigte Abschrift gebracht werden.

1) Vgl. fr. 33 §. 3, 4, fr. 34—39 pr., fr. 70 de procur. (3, 3). Wetzell, System des Civilproz. Abth. I S. 51.

1a) Zu diesen Handlungen ist ohne spezielle Erwähnung der Anwalt auch da nicht befugt, wo die Generalvollmacht die clausula cum libera, vel rati, grati, mandat. enhält. Vgl. den §. 9 a. E. mit Glück im Pand. Komment. Bd. V S. 293, 295 ff.

1) der Antrag auf Einleitung des schriftlichen Verfahrens statt des mündlichen protokollarischen [1b]).

2) Abschließung eines Vergleiches;

3) Eingehung eines Kompromisses;

4) ausdrückliche Verzichtleistung auf den Rechtsstreit oder auf ein Rechtsmittel;

5) Erlassung eines vom Gegner zu leistenden Eides;

6) Eingehung eines Nachlaß- oder Stündungsvertrages;

7) Zustimmung zu einer Veräußerung;

8) Substituirung eines anderen Anwaltes, dringende Fälle und das Vorhandensein der clausula substitutionis in der Vollmacht natürlich ausgenommen;

9) die Empfangnahme oder die Herausgabe von Geld, Sachen und Urkunden;

10) die Ableistung eines Eides in die Seele des Prinzipals, wo solche überhaupt zuläßig [1c]);

1b) Vgl. Gönner, Kommentar zum Gesez vom 22. Juli 1819 S. 21. — S. oben S. 8.

1c) Nach Nr. 2 des hier zur Erläuterung vorliegenden §. 9 kann der Generalbevollmächtigte auch „den Eid leisten". Allein bei dieser Bestimmung war gemäß Gerichtsordnung Kap. XIII §. 1 Nr. 2 vorausgesezt, daß die Befugniß der Eidesleistung durch Anwälte als Regel bestehe. Diese Voraussezung ist nun durch das Gesez vom 11. Jan. 1806 (Regbl. S. 33) weggefallen; die fragliche Regel ist zur Ausnahme geworden, man kann nicht mehr sagen, daß der Prozeß die Eidesleistungen durch Anwälte mit sich bringe. Daraus folgt nun, daß sich nicht annehmen läßt, der Aussteller einer Generalvollmacht habe heutzutage auch an die Bevollmächtigung zur Eidesleistung gedacht. Wo freilich in der Generalvollmacht auf die in Kap. VII §. 9 Nr. 2 spezifizirten Befugnisse aus-

11) Anerkennung der Hinlänglichkeit von Bürgschaften oder Unterpfändern, so wie deren Erlassung;

12) Freigebung von Kautionen und mit Arrest belegten Sachen [2]); so weit es sich in den Fällen Nr. 11 u. 12 von einem Akte freien Willens, nicht blos von einer prozessualischen Erklärung über die vom Gegner geforderte Anerkennung oder Freigebung handelt.

Die ertheilte Vollmacht erstreckt sich an sich auf alle Instanzen, eben so umfaßt die Vollmacht zur gerichtlichen Geltendmachung einer Forderung auch die Befugniß, im Falle des Ausbruches eines Konkurses über das Vermögen des Beklagten, in solchem die Rechte des Klägers als

drücklich Bezug genommen ist, da liegt wirklich eine Spezialvollmacht zur Eidesleistung vor.

2) v. Spies in der Samml. aller Ergänz. und Erläuter. zum Codex judiciarius, Bamb. 1835 S. 42, erklärt unter Berufung auf §. 16 der Advokatenordn. vom J. 1769 (Gen. Samml. v. J. 1771 S. 34) zur Rekognoszirung oder Diffitirung der Urkunden ein Spezialmandat für erforderlich. Allein die Praxis hat die fragliche Vorschrift immer nur in dem Sinne aufgefaßt, daß unter dem Vorwande des Abganges der Instruktion über eine vorzulegende Urkunde die Erklärung in dem Produktionstermine von Seite des Anwaltes des Produkten nicht verweigert werden könne. Die Leistung des Diffessionseides kann jetzt wie die Leistung jedes Eides in der Regel nur von der Partei selbst geschehen. Vgl. unten Kap. XIII §. 1. Noch ist hier zu bemerken, daß Kreittmayr rücksichtlich der Handlungen, wozu eine Spezialvollmacht erforderlich, auf das arbitrium judicis und die Observanz verweist. Die vorstehende Aufzählung, in welcher der Vollständigkeit wegen auch nichtprozessualische Akte aufgeführt sind, ist dem revidirten Entwurfe der Prozeßordnung (v. J. 1827) §. 88 entnommen. Die Praxis stimmt damit überein.

Gläubigers auf gebührende Weise zu vertreten [3]). Allein der nicht besonders hiezu beauftragte Anwalt ist zu einer Vertretung der Art so wenig, als zur Ergreifung der Berufung oder zur Nachsuchung der Exekution gegen den Schuldner ohne speziellen Auftrag, verpflichtet. — Wohl aber ist es in den hier bemerkten drei Fällen Pflicht des Anwaltes, seinem Prinzipal von dem Stande der Sache, resp. von dem Inhalte des ergangenen Erkenntnisses, so zeitlich Nachricht zu geben, daß derselbe im Stande ist, wegen Ergreifung der Rechtsmittel oder der sonst erforderli= Schritte noch rechtzeitig seine Instruktion zu ertheilen.

§. 10.

Wirkung der Vollmacht auf Seite des Prinzipals und Mandatars.

Ueber das Verhältniß zwischen Prinzipal und Anwalt entscheiden die civilrechtlichen Grundsäze vom Mandate [1]).

Die Partei ist demnach an alles Dasjenige, was der Bevollmächtigte innerhalb der Grenzen der ihm ertheilten Vollmacht verhandelt, gebunden; Dasjenige aber, was mit Ueberschreitung der Vollmacht von ihm geschah, stellt sich in Hinsicht auf den Prinzipal als nichtig dar.

Jedoch versteht sich dieses nur von Ueberschreitung

3) Gerichtsordn. Kap. XIX §. 8 Nr. 4.

1) Ueber das Verhältniß zwischen öffentlichen Rechtsanwälten und ihren Klienten vgl. Kommentar Bd. I S. 347—8. Ueber das Verhältniß substituirter Anwälte s. Bl. f. RA. Bd. X S. 126 f.: „Der zufolge der Substitutionsklausel substituirte Anwalt kann sich zwar wegen Vergütung seiner Gebühren und Auslagen unmittelbar an die Vollmacht gebende Partei halten; aber auch an den Substituenten, solange dessen Anwaltschaft dauert.“

der Grenzen der bei den Akten befindlichen Vollmacht, indem die in einer Privatvollmacht oder Instruktion enthaltenen Beschränkungen zwar den Anwalt im Falle der Ueberschreitung zur Schadloshaltung verpflichten, aber im Verhältnisse zu Dritten nicht beachtet werden können [2]).

Der Anwalt, mag er nun kraft ausdrücklicher oder kraft vermutheter Vollmacht gehandelt haben, ist berechtigt, von dem Prinzipal Schadloshaltung zu verlangen, insbesondere Vergütung der von ihm ausgelegten Gerichtsgebühren [2a]).

Dagegen ist der Anwalt seinem Prinzipal allen Schaden, welchen er ihm durch Unfleiß oder sonstiges Verschulden zugefügt hat, zu vergüten schuldig.

Im Falle wegen Insolvenz des Anwaltes eine Regreßnahme an denselben nicht mehr Plaz greift, soll aus der Handlung oder Unterlassung desselben für den Vollmachtgeber Grund zu einem Restitutionsgesuche [2b]) erwachsen, so ferne

1) jener Handlung oder Unterlassung ein Verschulden des Anwaltes zum Grunde liegt, und

2) hiedurch der Partei ein Schaden wirklich zugefügt worden ist [3]).

2) Fr. 11 §. 2—4 de exercit. act. (14, 1). Cod Max. Th. IV Kap. 9 §. 8 Nr. 1, §. 9. Nr. 4.

2a) Die Rechtsanwälte als solche sind zu Sportelzahlungen für ihre Klienten nicht verpflichtet, ausgenommen, wenn sie von denselben auch als Insinuationsmandatare bestellt oder mit einem Kostenvorschusse versehen worden sind. Bl. f. RA. Bd. XIV S. 400.

2b) Ueber den Fall eines vom Insinuationsmandatar begangenen Versehens vgl. Bl. f. RA. Bd. XI S. 78. Abw. Obergerichtserk. in Arends Samml. Bd. II S. 188 f.

3) Frhr. du Prel, Rechtsfälle Bd. I S. 96 ff., Bd. IV S. 246 ff. Kori im Archiv für die civilistische Praxis Bd. V S. 399 ff.

Aus der blosen Unterlassung der Anführung irgend eines faktischen Umstandes kann ein wirkliches Verschulden des Anwaltes in solcher Weise, wie es bei einer durch ihn geschehenen Versäumniß eines Präjudizialtermins der Fall ist, an und für sich nicht gefolgert werden, es muß vielmehr vorerst nachgewiesen werden, daß die Partei ihn bei der Informationsertheilung von dem fraglichen Faktum in Kenntniß gesezt und die Anführung und Geltendmachung ausdrücklich von ihm verlangt oder die Erwägung der Relevanz seinem pflichtmäßigen Ermessen als Rechtsverständigen überlassen hat.

Was die Zufügung eines wirklichen Schadens betrifft, so besteht derselbe keineswegs darin, daß die Sentenz widrig ausgefallen, sondern es wird vielmehr zur Statthaftigkeit des Restitutionsgesuches ausdrücklich erfordert, daß zu der Partei merklichem Nachtheile etwas, z. B. die Anführung eines offenbar relevanten faktischen Umstandes, nach Maßgabe obiger Erörterung im Prozesse unterlassen worden sei, oder Einräumung eines unwahren Umstandes gefährlicher Weise stattgefunden habe [4]).

Vgl. übrigen unten Komment. zu Kap. XVI §. 1 Abth. I Nr. 4.

§. 11.

Wie die Vollmacht aufgehoben werde.

Die Vollmacht wird aufgehoben:

1) auf Seite des Anwaltes durch die Renunziation und, so ferne er keinen Substituten hat, durch den Tod oder sonst eintretende Unmöglichkeit oder andauernde Verhinderung, die Anwaltschaft fortzuführen.

4) Bl. f. Rechtsanw. Bd. IV S. 13.

Die Renunziation der Vollmacht ist zwar in jedem Stadium des Rechtsstreites statthaft, jedoch darf sie nicht gefährlicher Weise um einer blosen Verzögerung willen und nicht zur Unzeit, d. h. sie muß so frühzeitig geschehen, daß der Prinzipal für seine Angelegenheit auf andere Weise sorgen kann, auch der Prozeß dadurch nicht gehemmt und dem Prinzipal nicht präjudizirt wird [1]).

2) Auf Seite des Prinzipals durch Widerruf, welcher sowohl ausdrücklich, als stillschweigend geschehen kann. Als stillschweigender Widerruf gilt es insbesondere, wenn in der Sache ein neuer Anwalt bestellt wird, ohne des vorigen dabei Erwähnung zu thun.

Dies hat natürlich da keine Anwendung, wo der neue Anwalt dem bisherigen nur substituirt, oder nur für einen einzelnen Akt oder für eine ganz andere Sache aufgestellt wird.

Eben so läßt sich daraus, daß der Prinzipal selbst bei den gerichtlichen Handlungen mit konkurrirt, ein Widerruf der Vollmacht nicht ableiten; wohl aber wird ein solcher angenommen, wenn der Prinzipal mit Umgehung des An-

1) Vgl. Stürzer, Bemerkungen S. 567. Die vom Anwalte bei Gericht gemachte Anzeige, daß und aus welchem Grunde er sich veranlaßt sehe, seinem bisher von ihm vertretenen Klienten das Mandat zu kündigen, kann nicht genügen, den Ersteren sofort seiner Anwaltspflichten zu entbinden, sondern es ist dem Klienten die geschehene Mandatskündigung vom Gerichte bekannt zu machen und demselben eine angemessene Frist zur Fürsorge wegen seiner anderweiten Rechtsvertretung mit dem Anhange zu bestimmen, daß nach fruchtlosem Ablaufe dieser Frist der bisherige Anwalt von der Anwaltschaft in der Prozeßsache als entbunden angesehen werden würde. Bis dahin ist der Anwalt verbunden, die Vertretung seines Klienten in der Sache noch zu besorgen. OAGE. v. 23. März 1843 in den Bl. f. RA. Bd. IX S. 45 f.

waltes die ganze Rechtssache selbst zu behandeln anfängt. In einem solchen Falle ist das Gericht befugt, von dem Prinzipal eine Erklärung zu verlangen.

3) Die Vollmacht für eine einzelne Handlung erlischt mit deren Vornahme, die für einen ganzen Rechtsstreit mit dessen Beendigung.

Der Verlust der Vollmachtsurkunde hebt die Bevollmächtigung nicht auf. In einem solchen Falle muß sie, so ferne es sich um die durch dieselbe bedingte Rechtsbeständigkeit früherer Verhandlungen fragt, entweder durch ein gerichtliches Zeugniß, oder durch Aussagen von summarisch zu verhörenden Zeugen konstatirt werden; für die künftigen Handlungen ist eine neue Vollmacht auszustellen.

Eine jede in der Anwaltschaft vorgegangene Veränderung muß dem Gerichte angezeigt werden; und eine solche ist erst von dem Augenblicke dieser Anzeige, resp. der aktenmäßigen Konstatirung, wirksam.

Eben so haben die Gerichte, wenn einmal ein Anwalt bestellt ist, so lange die Vollmacht für ihn nicht erloschen, die Ausfertigungen immer an diesen zu erlassen [2]).

2) Vgl. Stürzer a. a. O. S 568.

Achtes Kapitel.

Von der Rekonvention, Litisdenunziation, Nomination, Intervention, Kaution, Arrest und Sequestration.

Achtes Kapitel.

Von der Rekonvention, Litisdenunziation, Nomination, Intervention, Kaution, Arrest und Sequestration.

§. 1.

Von der Rekonvention oder Widerklage [1]).

Wenn der Beklagte selbst einen Anspruch gegen Denjenigen zu machen hat, der als Kläger gegen ihn aufgetreten ist, so kann er diesen Anspruch nicht nur mittels einer eigenen Klage bei dem zuständigen Gerichte des Klägers verfolgen, sondern es ist ihm auch gestattet, die Verfolgung seines Gegenanspruches mit der Vertheidigung gegen die wider ihn gestellte Klage zu verbinden — eine Widerklage (reconventio) zu erheben [2]).

1) Kori, über den Exekutivprozeß und die Widerklage 2te Aufl. Jena, 1826. Jerusalem D. de reconventione. Lips. 1837. Sartorius, die Lehre von der Widerklage. Erlangen, 1838. Goldschmidt, Abhandl. aus dem gemeinen Civilprozesse Nr. III S. 20, 30. Fischer in Wagner's Zeitschr. für österreichische Rechtsgelehrsamkeit Bd. II S. 123 ff. Lauk im Arch. für civ. Prax. Bd. XII S. 65.

2) Bayer, Vorträge edit. VII S. 367.

Die näheren Grundsäze sind:

1) Es muß gegen Denjenigen, welcher als Widerkläger auftreten will, von dem Beklagten des Gegenanspruches eine wirkliche **Klage** erhoben worden sein. Hierunter werden blose Anmeldungen und Anzeigen, vorbereitende Gesuche, Anträge auf Provisorien, Anrufungen um Verfügungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht begriffen [3]). — Dritte und Nebenpersonen, welche nicht zu den Parteien der erhobenen Klage gehören, können weder widerklagen noch widerbeklagt werden. Der Zessionar braucht sich auf eine Widerklage, welche Ansprüche an den Zedenten geltend macht, nicht einzulassen [4]).

Ist bei dem zur Widerklage dienenden Gegenanspruche auch ein Dritter betheiligt, so geht es nicht an, daß dieser sich der Widerklage mitklagend anschließe; jedoch ist ihm unbenommen, die zur Wahrung seines Rechtes geeigneten Schritte zu thun. Bei dem Dasein mehrerer Streitgenossen braucht die Widerklage nicht von allen, beziehungsweise gegen alle erhoben zu werden [5]).

Gegen den Prinzipalintervenienten, dessen Einmischung eine selbständige Klage ist, kann auf diese von Seite der

3) **Sartorius** a. a. O. S. 131.

4) **Mühlenbruch**, von der Zession §. 62. Archiv f. d. civ. Prax. Bd. XXXV S. 260; **Seuffert's** Archiv Bd. V S. 301.

5) **Sartorius** a. a. O. S. 194, woselbst aber mit Unrecht als Meinung **Martin's** in dessen und **Walch's** Magazin Bd. I H. 2 S. 204 angegeben wird, als sei in dem oben berührten Falle die Widerklage unzuläßig, während sie **Martin** hier nur in besonderen Akten verhandelt wissen will, was auch ganz zweckmäßig erscheint. Vgl. unten Nr. 7. S. auch (Regensburger) Archiv für prakt. Rechtswissenschaft Bd. 1 H. 1 S. 38.

Interventen eine selbständige Widerklage allerdings stattfinden.

2) Inländer kann man nur dann mit einer Widerklage belangen, wenn diese — ihrem thatsächlichen Ursprunge nach — mit der Vorklage in Zusammenhang steht. Der Zusammenhang kann entweder ein innerer sein, wenn beide Klagen aus demselben Rechtsverhältnisse entspringen; oder nur ein äußerer, wenn die mehreren Thatsachen, welche die beiderseitigen Ansprüche begründen, in irgend einer Beziehung als ein Ganzes aufgefaßt werden können, z. B. bei gegenseitigen Injurien, welche aus fortdauernder Feindschaft hervorgegangen sind, bei Forderungen und Gegenforderungen aus einem fortlaufenden Geschäftsverhältnisse. Nach einem von Kreittmayr [6]) angeführten Beispiele genügt es, wenn der Zusammenhang nur durch die Thatsache besteht, welche auf der einen Seite die Sachlegitimation begründet.

3) Bei Klagen der Ausländer ist die Widerklage auf konnexe Ansprüche nicht beschränkt [6a]).

4) Daß der Richter der Vorklage bezüglich der Per-

6) Anmerk. z. d. St. lit. c. Bayer (Vorträge über den bayer. Civ. Proz. II S. 31) bemerkt: aus den in den Anmerk. angeführten Beispielen erhelle, daß Kreittmayr den Begriff der Konnexität hier nicht sehr streng genommen wissen wolle, sondern daß auch ein entfernter Zusammenhang zwischen Vor- und Widerklage schon hinreiche. — Nach einem OAGE. genügt, daß die der Widerklage zu Grund liegende Thatsache auch einredeweise gegen die Vorklage geltend gemacht worden. Bl. f. RA. Bd. XVI S. 12. Bolgiano, vergl. Darst. S. 74.

6a) Auch in dem Falle nicht, wenn auch der Beklagte, der etwa in foro arresti in Anspruch genommen wird, ein Ausländer ist.

son des Widerbeklagten unzuständig ist, steht der Zulässigkeit nicht im Wege; wohl aber ist diejenige Widerklage unzulässig, für deren Gegenstand entweder dem angegangenen Gerichte die Jurisdiktion mangelt, oder ein ausschließender besonderer Gerichtsstand gesezlich bestimmt ist. Bei einem Handelsgerichte können Rechtssachen, welche nicht die Eigenschaften von Handelssachen haben, auch nicht auf dem Wege der Widerklage angebracht werden; Klagen, welche vor das forum rei sitae gehören, können auch nicht als Widerklagen vor ein anderes gezogen werden [7]): wohingegen es die Anbringung der Widerklage nicht hindert, daß der Widerbeklagte zufolge seines Wohnsizes oder kraft eines Privilegiums sein ordentliches Forum bei einem anderen Gerichte hat [8]).

Hierin äußert sich die eine Hauptwirkung der Widerklage — die Erstreckung der Gerichtsbarkeit.

5) Die Anbringung einer Sache auf dem Wege der Widerklage bewirkt ferner, daß dieselbe gleichzeitig mit der Hauptsache verhandelt und entschieden wird. Diese zweite Hauptwirkung tritt jedoch nur dann ein, wenn

a) die Widerklage gleich mit der Vernehmlassung auf die Hauptklage angebracht worden ist,

7) Heffter im Arch. f. d. civ. Prax. Bd. X S. 201 ff.

8) Eigenthümliche Grundsäze treten ein bezüglich des Ehescheidungsprozesses bei Eheleuten, die in gemischter Ehe leben. Hier kann die Widerklage, welche der protestantische Ehegatte gegen den katholischen bei dem protestantischen Ehegerichte anbringt, und umgekehrt, eine Prorogation des Gerichtsstandes nicht begründen; denn es hat zwar die angegangene Behörde in Ehescheidungssachen die Gattung der Jurisdiktion, aber nicht die Spezies in Bezug auf den einem anderen Bekenntnisse zugethanen Ehegatten. Glück, Präjudizien aus der ehegerichtlichen Praxis Nr. 147, 148.

b) beide sich zu dem nämlichen Verfahren eignen [8a]). So kann gegen eine im mündlichen Verhöre oder im Exekutivprozesse erhobene Klage eine Widerklage mit der Wirkung gleichzeitiger Verhandlung nur dann angestellt werden, wenn sie gleichsfalls zu diesem Verfahren sich eignet.

Damit ist aber dem Beklagten nicht benommen, eine Klage, die sich zu einem beschleunigten Verfahren eignen würde, als Widerklage im gewöhnlichen Verfahren zu erheben und auf solche Weise die gleichzeitige Verhandlung und Entscheidung beider herbeizuführen [9]).

c) Die Entscheidung der Vorlage darf nicht präjudiziell sein für jene der Widerklage, z. B. die condictio furtiva für die deshalb als Widerklage erhobene actio injuriarum [9a]).

8a) Vgl. hierüber Archiv für civ. Prax. Bd. XXXV S. 259. Auf eine possessorische Vorklage ist (vgl. GO. Kap. III §. 4 Nr. 14) eine petitorische Widerklage zulässig. OAGE. in Nr. 1442 $^{13}/_{11}$.

9) Bl. f. Rechtsanw. Bd. VI S. 19. In einem vorgekommenen Falle betraf die Vorklage den (vom Kläger angefochtenen) Rechtsbestand eines in Urkunde gebrachten Uebereinkommens über ein gutsherrliches Reichniß an den Beklagten. Nachdem die Sache zum Spruche verhandelt war, erhob der Beklagte aus der Urkunde Widerklage im Exekutivprozesse auf Zahlung des Versprochenen. Auf Grund der exceptio litis pendentis wurde der Widerbeklagte von dieser Exekutivklage entbunden. Bl. f. RA. Bd. XI S. 56. Vgl. die abw. Entscheidung des OAG. zu Darmstadt in Seuffert's Arch. Bd. III S. 247, bezüglich welcher aber in facto nicht bemerkt ist, daß der Exekutivklage eine gutwillige Einlassung auf die zur Geltendmachung illiquider Einreden präokkupirend erhobene Klage des Gegners vorhergegangen war.

9a) In einem Falle solcher Kategorie wurde die mit der Vorklage gleichzeitig erfolgte Verhandlung der Widerklage dadurch auf-

6) Indem die Gerichtsordnung von der Regel der gleichzeitigen Verhandlung bei dem Dasein der zu Nr. 5 a und b angegebenen Erfordernisse nur den Fall ausnimmt, wo die Vorklage präjudiziell ist, hat sie andere Ausnahmen verworfen, insbesondere steht es

a) nicht im Wege, daß nicht in der Vorklage, wohl aber in Ansehung der Widerklage Ungewißheit über Thatsachen besteht.

b) Auch gegen die Klage auf Zurückgabe eines Depositums findet eine Widerklage statt, jedoch hier zufolge der Bestimmungen des Landrechts nur dann, wenn die Hinterlegung selbst nicht zugestanden wird und noch illiquid ist [10]).

7) Durch die gleichzeitige Verhandlung der Haupt- und Widerklage ist es nicht ausgeschlossen, zur Verhütung von Verwirrung die Verhandlung in gesonderten Akten anzuordnen [10a]).

recht erhalten, daß nur hinsichtlich der Vorklage auf Beweis erkannt, das weitere Erkenntniß hinsichtlich der Widerklage aber bis nach erfolgter definitiver Entscheidung der Vorklage ausgesezt belassen wurde. Bl. f. RA. Bd. XVI S. 286.

10) Landr. Th. IV Kap. 2 §. 7. Nr. 18. Anmerk. z. d. St. Nr. 13.

10a) Aus einem Lübecker OAGE. vom Sept. 1840 wird im Archiv für civ. Praxis Bd. XXXV S. 259 mitgetheilt; „Ist eine Widerklage so weit aussehend, daß deren gleichzeitige Verhandlung mit der Hauptsache die Aburtheilung dieser lezteren verwirren oder verzögern könnte, so wird die Widerklage am besten zur besonderen Verhandlung verwiesen. Dies greift namentlich ein, wenn zwar Forderung und Gegenforderung aus demselben Geschäfte herrühren, leztere aber von Erbringung weitläufiger und im Erfolge ungewisser Beweise abhängt, und der Beklagte allem Ansehen nach nur ei-

Die gleichzeitige Verhandlung muß nach dem ersten Urtheile häufig wegfallen, z. B. wenn über die Klage kein Beweis auferlegt wird, wohl aber über die Widerklage und umgekehrt.

In wie ferne das Urtheil über die eine vor dem über die andere zum Vollzuge gebracht werden kann, davon wird unten zu Kap. XVIII §. 1 die Rede sein.

8) Die Befugniß, Widerklage zu erheben, ist begründet, sobald das die Vorklage als statthaft mittheilende Dekret insinuirt worden ist, und dauert bis zur Erlassung des Enderkenntnisses fort [10b]), ohne durch den Verzicht des Klägers auf die einmal insinuirte Klage beseitigt zu werden [11]).

9) In wie ferne gegen die Widerklage selbst eine solche zuläßig sei, darüber enthält die Gerichtsord. keine ausdrückliche Bestimmung; es ist also auf das gemeine Recht zurückzugehen, wornach eine solche dann zugelassen wird, wenn

a) der Gegenstand der Widerklage mit dem Gegenstande jener Klage, welche der Widerbeklagte gegen den Widerkläger anstellen will, konnex ist, und natürlich außerdem auch dann, wenn

b) der Kläger auf die Hauptklage verzichtet und erklärt hat, nun seiner Seits die von dem Beklagten ange-

nen verhältnißmäßig geringen Theil der Klagsumme, z. B. als Schadensersaz zu fordern haben wird, wo die sofortige Verurtheilung des Beklagten in die Klagsumme für ihn wegen Anwachsens der Zinsen u. s. w. selbst vortheilhafter erscheint."

10b) Bayer (Vorträge über den bayer. Civilprozeß I S. 282) bemerkt, in appellatorio kann das forum reconventionis nicht begründet werden.

11) Lauk a. a. O. S. 74. Hagemann, prakt. Erörter. fortgesezt von Spangenberg Bd. X S. 174.

stellte Widerklage als Hauptklage ansehen und dabei die Rolle des Beklagten übernehmen zu wollen [12]).

10) Dieselbe Gegenforderung kann zugleich auf dem Wege der Einrede und auf dem der Widerklage geltend gemacht werden, entweder um den etwaigen Ueberschuß auf lezterem Wege zu erlangen, oder auch das Ganze, in dem Falle nämlich, wenn bei Durchführung der Vorklage sich ergibt, daß es zur Besiegung des Klägers der Einrede aus der Gegenforderung nicht bedurfte [12a]).

11) Im Uebrigen gilt von der Widerklage Alles, was von der Klage selbst Rechtens ist [12b]); insbesondere ist der für die Klagenhäufung geltende Saz, daß sie, wenn Verwirrung zu besorgen, nicht zuzulassen sei, auch auf die Häufung mehrerer Widerklagen zu beziehen.

Ueber die Kaution für die Widerklage s. unten zu §. 5; über die Widerklage im Konkurse zu Kap. XIX §. 9.

Von der Widerklage ist die Nachklage (sog. reconventio impropria) zu unterscheiden. Unter lezterer ver=

12) Lauk a. a. O. S. 78. Spangenberg a. a. O. S. 175. Linde in der Zeitschr. f. Civilr. und Proz. Bd. I S. 325. Spangenberg ebd. Bd. VI S. 249.

12a) Vgl. Bl. f. RA. Bd. XVII S. 224.

12b) Insbesondere vom Ungehorsam. Wenn im gewöhnlichen Verfahren auf der Verhandlungstagfahrt der Kläger nicht erschienen ist, und der Beklagte seiner Vernehmlassung eine Widerklage beifügt, so muß zur Verhandlung darüber wiederholt Tagfahrt anberaumt werden, unter Anwendung der Vorschriften des §. 18, ohne daß vorerst (vgl. §. 29 der Novelle von

steht man diejenige Klage, welche einen Gegenstand betrifft, über den nach der Natur des besonderen Verfahrens, in welchem die Vorklage verhandelt wurde, — des Exekutiv-, resp. Wechselprozesses, in diesem selbst nicht entschieden werden konnte.

Dagegen können Parteien, welche die Verweisung einer Gegenforderung ad separatum durch eigenes Verschulden, z. B. durch Unterlassung der im Konkursprozesse vorgeschriebenen alsbaldigen Antretung des Beweises, veranlaßt haben, die von ihnen angestellte neue Klage nicht als eine Nachklage ausgeben und sich dadurch einen Vortheil anmaßen, welchen das Gesez nur Demjenigen zugedacht hat, der durch gesezliche Bestimmungen zur Nachklage gezwungen wurde [13]).

Der Vortheil besteht besonders in der hier zulässigen Forderung einer Kautionsleistung (vgl. unten zu §. 5).

Die Nachklage gehört vor dasjenige Gericht, vor welchem die Vorklage entschieden worden ist, und sie hat demnach mit der eigentlichen Widerklage die Wirkung der Prorogation des Gerichtsstandes gemein [14]).

§. 2.

Von der Streitverkündung oder Litisdenunziation [1]).

Hierüber gelten folgende Grundsäze: [1a])

1) Es ist häufig der Fall, daß einer Partei zur Ver-

1837) eine dilatorische (monitorische) Ladung zu ergehen braucht. Vgl. Hellmuth, Lauf des Civilprozesses S. 214.

13) Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 252.

14) Ebd. Bd. IV S. 31.

1) Gönner, Handb. I 17. Gensler im Arch. f. civ. Prax. Bd. IV S. 180 ff. Duntze, ebd. Bd. X S. 355. Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen Bd. II S. 430.

1a) Ueber Streitverkündung im Merkantilprozesse vgl. Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 340.

gütung des Nachtheils, welcher durch den Verlust eines Prozesses zugeht, ein Entschädigungsanspruch gegen einen Dritten zusteht; so wenn die durch ein oneroses Geschäft erworbene Sache von einem Dritten dem Erwerber evinzirt wurde; wenn eine erkaufte Forderung sich bei der Geltendmachung als unbegründet oder erloschen ergibt; wenn der Bürge für den Hauptschuldner, der Geschäftsführer für den Geschäftsherrn zu zahlen verurtheilt wurde; wenn eine Hypothekarforderung oder ein Erbrecht durch Versehen, die der Richter bei der Führung des Hypothekenbuches oder Aufnahme des Testamentes beging, zu Verlust kommt. Die gemeinrechtliche Kontroverse [1b]), ob die Regreßklage gegen den Dritten nur in Eviktionsfällen (zu welchen auch das zweite der angeführten Beispiele gehört), oder auch bei Entschädigungsansprüchen anderer Art durch rechtzeitige Streitverkündung bedingt sei, ist von der Gerichtsordn. dahin entschieden, daß die Streitverkündung nur da unumgänglich erfordert werde, wo es sich von einer Gewährschaft handelt, d. h. wo der Dritte vermöge der Natur des Geschäftes oder besonderer Zusicherung dafür haften soll, daß ein übertragenes Recht dem Erwerber kraft der Uebertragung wirksam und ungeschmälert zustehe [1c]). — Fälle der Entschädigungsverbindlichkeit wegen Widerrechtlichkeit, Dienstpflichtverletzung, Fahrlässigkeit gehören nicht hieher.

2) Die Streitverkündung geschieht zu dem Ende, daß der Litisdenunziat für zweckgemäße Führung des Prozesses thätig werde und sachdienliche Behelfe an die Hand gebe.

3) Der Streit ist Dem zu verkünden, welcher zunächst für die Schadloshaltung haftet, also in Eviktionsfällen

1b) S. hierüber Bayer, Vorträge ed. VIII §. 47.

1c) Vgl. Arends, Samml. Bd. I S. 70.

dem unmittelbaren Auktor, welcher nun seinerseits seinem Vormann, wenn er den Regreß an ihn zu suchen gedenkt, von dem erhobenen Prozesse in gleicher Weise Kenntniß geben mag.

4) Die Streitverkündung muß durch Vermittlung des Gerichtes geschehen; mit derselben werden dem Litisdenunziaten Exemplare, resp. Abschriften der seitherigen Verhandlungen zugefertigt.

5) Zur Wirksamkeit der Streitverkündung ist erforderlich, daß sie noch vor oder wenigstens mit der Kriegsbefestigung geschehe; also von Seite des Klägers mit der Klagschrift oder doch, bevor Beklagter sich eingelassen [1d]; von Seite des Beklagten vor oder gleichzeitig mit der Einlassung [1e]. Wird jedoch der Streitpunkt, wegen des-

1d) A hat dem B eine Forderung an den C verkauft. C widerspricht die Existenz der Forderung. Wenn nun B die zitirte Forderung einklagt, so hat er dem A den Streit schon mit der Klagschrift zu verkünden. Demzufolge hat auch der im Verwaltungswege zum Ersaze der Entschädigung eines Reklamanten angewiesene Postbeamte (vgl. Bl. f. RA. Bd. XI S. 21), welcher darüber bei dem zuständigen Appell. Gerichte Beschwerde erhebt, so ferne er des eventuellen Regresses wegen die Streitverkündung an einen anderen der fraglichen Beschädigung zunächst schuldigen Postbediensteten beabsichtigt, diese Absicht mit Einreichung der Beschwerde gegen den k. Postfiskus auszuführen. OAGE. in Nr. $743^{53}/_{54}$.

1e) Der Beklagte, welcher der Streitverkündung eine eventuelle Einlassung auf die Klage nicht beifügt, hat für den Fall, daß erstere als unstatthaft zurückgewießen wird, die Verwirklichung der Nachtheile völligen Ungehorsams zu gewärtigen. Bolgiano, vergl. Darst. S. 53 f. und Bl. f. RA. Bd. XVI S. 273 f. — Dagegen v. Gutermann, ebd. Bd. VIII S. 252 f.

sen die Haftung des Dritten in Frage kommt, erst im Laufe des Verfahrens angeregt, so genügt, wenn die Streitverkündung mit der ersten Erklärung darüber verbunden wird [1f]).

6) Die Mittheilung der Streitverkündung an den Denunziaten geschieht unter Vorsteckung einer Frist zur Erklärung darüber, ob er dem Denunzianten nur beistandsweise (nach Art der akzessorischen Intervention) in dem Streite assistiren, oder solchen gänzlich auf sich nehmen und ohne Beiziehung desselben ausführen wolle [1g]). — Erklärt er sich für das Eine oder Andere, so muß sich der Gegner des Denunzianten die fragliche Assistenz oder Prozeßübernahme von Seite des Denunziaten gefallen lassen; jedoch die völlige Prozeßübernahme nur in Eviktionsfällen und auch nicht die beistandsweise Einmischung, wo aus den zur Motivirung der Streitverkündung angeführten Thatsachen der Ungrund des beabsichtigten Regreßanspruches augenfällig ist [2]). —

1f) Kreittmayr führt als Beispiel an: ich klage gegen Cajum die mir von einem Dritten titulo onerso zedirte Schuldpost ein, und der Beklagte schützt dagegen exceptionem solutionis vor; hier kann ich ex natura negotii mit der litis denuntiatio nicht wohl eher, als replicando, auftreten. . . . .

1g) Zufolge GO. VIII §. 2 Nr. 5 pflegt man in der Mittheilung der Streitverkündung beizufügen: im Falle Ausbleibens werde der Prozeß auf Denunziatens Gefahr seinen Fortgang haben.

2) Vgl. Gerichtsordn. Kap. VIII §. 4 Nr. 2. Bayer ed. VIII §. 47. Bolgiano, vergl. Darst. S. 64 f. Seuffert's Archiv Bd. III S. 448. Vgl. Bayer, Vorträge, a. a. O. S. 145: „Wenn die Denunziation die Folge haben soll, daß sich der Gegner den Beitritt des Dritten gefallen lassen muß, so wird vorausgesezt, daß sich der Dritte zu dem Denunzianten in einem solchen Verhältnisse befindet, in welchem er auch ohne Streitverkündung akzessorisch interveniren könnte (s. unten §. 4). Die Hoffnung des Denunzianten allein, daß

Will der Denunziat den Streit gänzlich auf sich nehmen, so bleibt es dem Denunzianten gleichwohl unbenommen, an den Verhandlungen zur Wahrung seines Interesses (s. unten Nr. 10) ferner theilzunehmen.

7) Der Denunziat muß die Sache bei dem nämlichen Gerichte, bei welchem sie anhängig ist, fortführen, und zwar in dem Stande, in welchem sie sich zur Zeit der Denunziation befindet. Dadurch ist aber Denunziat keineswegs gehindert, die Einrede der Gerichtsinkompetenz zu gebrauchen, so ferne nur solche aus der Beschaffenheit der Sache oder aus den persönlichen Verhältnissen des Denunzianten begründet werden will [3]).

8) Die von dem Denunziaten auf die Streitverkündung abzugebende Erklärung hat lediglich die Aeußerung seines Willens zum Zwecke, ob er der Aufforderung zur Assistenz, resp. Prozeßübernahme, entsprechen wolle oder nicht. Eine Aeußerung über die Wahrheit der dem Regreßanspruche zu Grunde liegenden Thatsachen, eine Feststellung des Streitpunktes in diesem Betreffe liegt außer der Sphäre jener Erklärung [4]). (S. jedoch unten Nr. 10.)

9) Läßt Denunziat die vorgesteckte Frist verstreichen, ohne sich zu erklären, so hat es dabei sein Bewenden, und es greift weder eine Ungehorsamsbeschuldigung, noch

ihm der Beistand des Dritten nützlich werden könnte, reicht daher zu einer wirksamen Streitverkündigung noch keineswegs hin."

3) Bl. f. Rechtsanw. Bd. V S. 159, Bd. X S. 76. Vgl. jedoch für den Fall, wenn eine solche Gerichtsablehnung auf Grund persönlicher Verhältnisse des Beklagten vom Litisdenunziaten erst nachgetragen werden wollte, nachdem die Kriegsbefestigung der Streitverkündung vorhergegangen war, — ebd. Bd. XII S. 398.

4) Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 7.

ein Kontumazialerkenntniß Platz. Vielmehr hat diese Nichtbeantwortung und gerade so die ausdrückliche Weigerung, sich der Sache anzunehmen, keine andere Folge, als daß der Denunziat, wenn seiner Zeit der Litisdenunziant die Entschädigungsklage wirklich gegen ihn erhebt, nicht einwenden kann, dieser habe in der Führung des Prozesses wider seinen Gegner etwas versehen oder versäumt [5]). — Ist der Denunziat seiner Sache, d. h. des Ungrundes der in Aussicht gestellten Entschädigungsforderung ganz gewiß, so mag er die angesonnene Einmischung in den Hauptprozeß unbedenklich unterlassen. Denn die Streitverkündung dient zwar dazu, eine außerdem begründete Regreßklage zu sichern, nicht aber dazu, eine solche erst zu begründen.

10) Entspricht der Litisdenunziat der an ihn ergangenen Aufforderung durch Assistenz und Prozeßübernahme, so geschieht dies entweder unbedingt, oder mit Vorbehalt seines Einspruches gegen den Entschädigungsanspruch. Im ersteren Falle gilt seine Haftungsverbindlichkeit als anerkannt, und ist demzufolge in dem Urtheile über die Hauptsache zugleich darauf zu sprechen [5a]); im anderen Falle aber die Erörterung dieses eventuellen Punktes in die Verhandlung der Hauptsache nicht einzumischen, vielmehr sei-

5) Mag auch offen vorliegen, daß Denunziant grobe Versehen begangen, so steht das doch der Regreßklage nicht im Wege. Nur im Falle doloser Vernachlässigung oder des Aufgebens der Sache, ohne es auf ein Urtheil ankommen zu lassen, würde dem Regreßkläger der fragliche Einwand noch entgegenstehen. — In einem OAGE. (Nr. $1109^{12}/_{13}$) wurde angenommen, die Geltung obigen Satzes sei nicht auf Streitverkündungen in Eviktionsprozessen beschränkt, sondern erstrecke sich auch auf Regreßanspruchsfälle anderer Art.

5a) Kreittmayr, Anm. zu diesem §en lit. h.

ner Zeit vor dem für den Litisdenunziaten zuständigen Gerichte besonders auszutragen. — Auch da, wo der Denunziat, seine Haftungsverbindlichkeit unumwunden einräumend, den Prozeß gänzlich auf sich genommen hat, bleibt der Denunziant seinem Gegner verbunden, was bei etwaiger Insolvenz des Denunziaten besonderes Interesse hat.

11) Ergibt sich der Regreßanspruch als begründet, so haftet der Litisdenunziat, wenn der Hauptprozeß verloren ging, für volle Schadloshaltung in Hauptsache und Kostenpunkt. Wurde der Hauptprozeß gewonnen, jedoch ohne vollen Ersaz der vom Litisdenunzianten gehabten Kosten, so können diese Gegenstand der Regreßklage werden.

12) Alles Bisherige sezt voraus, daß die Streitverkündung, wo sie erforderlich [6]), rechtzeitig (s. oben Nr. 5) geschehen war; so ferne nicht vorher ausgemacht worden, daß die Haftung des Dritten auch ohne Streitverkündung bestehen soll [7]). — Ward in anderen, als Gewährschafts=

6) Nach dem Hypothekengeseze vom 1. Juni 1822 §. 58 ist der dritte Besizer, wenn er wegen der gegen ihn eingeklagten Hypothekforderung an einen Auktor den Regreß zu suchen hat, zur Erhaltung dieser Regreßansprüche nur dann zur Streitverkündung verbunden, wenn wegen jener Forderung eine Protestation im Hypothekenbuch eingetragen ist.

7) Weitere Ausnahmen, z. B. daß des Klägers Recht an der Sache notorisch, daß der Denunziat abwesend sei (in welchem Falle die Streitverkündung im Wege der Ediktalladung geschehen kann), daß er ohnehin schon Wissenschaft von dem Rechtsstreite habe, kennt das bayer. Recht nicht. Jedoch versteht es sich von selbst, daß, wenn der Auktor freiwillig oder auf Adcitation des Richters als akzessorischer Intervenient (§. 4 unten) an dem begonnenen Rechtsstreite zu einer Zeit Theil nimmt, wo die Streitverkündung an ihn wirksam geschehen

fällen, die Streitverkündung versäumt, so ist die Unterlassung für sich kein Grund, die Regreßklage auszuschließen. Ueber das Weitere gibt das Civilrecht Auskunft [8]).

§. 3.

Von der nominatio auctoris [1]).

Bei dinglichen und diesen gleichgeachteten Klagen (actiones in rem scriptae, actiones mixtae) erscheint der Inhaber der Sache als der rechte Beklagte, wobei es gleichgilt, ob er juristischen Besitz oder blose Detention hat. Wenn indessen Jemand, der eine Sache in fremdem Namen besitzt, auf eigenen Namen mit einer dinglichen Klage belangt wird; so kann er sich durch Benennung Desjenigen, in dessen Namen er besitzt (nominatio seu laudatio auctoris), vom Streite losmachen [1a]).

1) Ob die Sache, um die es sich handelt, eine bewegliche oder unbewegliche, ist gleichgiltig; wohl aber muß die angestellte Klage eine dingliche oder dieser gleichgeachtete sein [1b]); indem bei blos persönlichen Klagen der Ein-

konnte (Nr. 5 oben), diese Intervention von Seite desselben die Wirkung der Streitverkündungsunterlassung aufhebt.

8) Vgl. z. B. Seuffert, Pand. Recht. §. 386.

1) Gönner, Handb. Bd. I Abh. 16. Mittermaier im Arch. f. civ. Prax. Bd. III S. 399. Gensler, ebd. S. 421. Linde, Abh. aus dem Civilproz. Bd. I S. 125. G. A. Wirsing, über das Wesen der nomin. auctoris. Würzburg 1848.

1a) Die nominatio auctoris hat die Natur und Wirkung einer Einrede, ohne jedoch den Nominanten beweispflichtig zu machen. Bayer, Vorträge ed. VIII §. 48 a. E.

1b) Einbegriffen die remedia adipisc. und retinendae poss. Kreittmayr, Anmerk. lit. c. In Ansehung der lezteren

wand, der rechte Beklagte nicht zu sein, entweder nur eine Abläugnung des Klagegrundes enthält [2]), oder sich auf eine gewöhnliche, vom Beklagten zu beweisende Einrede bezieht [3]).

2) Wenn der Beklagte nicht einmal Detentor ist, so kann er sich gleichfalls nur auf das Abläugnen der Detention beschränken. Wer nicht in fremdem, sondern im eigenen Namen besitzt, wie z. B. der Ehemann die Dotalgüter, der kann von der nominatio auctoris keinen Gebrauch machen; desgleichen ist sie auch bei Demjenigen, der in fremdem Namen besitzt, in so weit unzulässig, als auch das seinem Besitze zu Grunde liegende abgeleitete Recht,

vgl. Bayer. LR. Th. II Kap. 5 §. 12 Nr. 1: „Es wird diese Klag (interdictum uti possidetis) unter die Real-Sprüch gezählt." Vgl. Bl. f. RA. Bd. VII S. 107. — Ueber nom. auct. bei Streitigkeiten über dingliche Gerechtsame s. Seuffert's Arch. Bd. VI S. 379.

2) Z. B. wenn der Käufer die actio emti gegen Denjenigen anstellt, welcher die gekaufte Sache als Pächter des Verkäufers besitzt, so enthält der Einwand des Pächters, er sei der rechte Beklagte nicht, nichts weiter als ein Läugnen, mit dem Kläger seiner Seits kontrahirt zu haben. — Gerade so ist es bei dem Einwande, die Handlung, aus welcher geklagt wird, nicht für sich, sondern als Vertreter eines Andern vorgenommen zu haben. Der Beklagte läugnet auch hier, das Subjekt eines factum obligatorium zu sein. Ob übrigens in solchen Fällen nur der Prinzipal oder auch der Vertreter hafte, bestimmt das Civilrecht. — Ueber Klagen aus Besitzstörungen im Interesse eines Andern s. oben Note 1b. Vgl. Seuffert's Archiv Bd. IV S. 365, Bd. V S. 30, Bd. VII S. 377.

3) Z. B. der fragliche Einwand stüzt sich auf die Behauptung: ein Dritter habe mit Zustimmung des Klägers die eingeklagte Schuld übernommen.

z. B. der Nießbrauch, das Pfandrecht, Gegenstand des Rechtsstreites ist.

3) Unterläßt es der Beklagte, von der nach Lage der Sache statthaften nominatio auctoris Gebrauch zu machen, so wird er, wenn er später die Sache nicht herausgeben kann, als fictus possessor behandelt.

4) Die Benennuug muß sogleich in dem zur Beantwortung der Klage anberaumten Termine geschehen; außerdem wird der Beklagte nur gegen Ersaz der durch die Verzögerung verursachten Kosten und Schäden aus dem Streite entlassen. Auch muß der Beklagte mit der Benennung eventuell die Streiteinlassung und das Vorbringen aller übrigen Einreden, welche er zu haben glaubt, unter dem Rechtsnachtheile verbinden, daß im Falle der Verwerfung der Benennung die Rechtsnachtheile des Nichtbeantwortens der Klage (s. oben zu Kap. V §. 10) eintreten würden.

5) Ist die nominatio auctoris nach Lage der Sache unstatthaft, so verwirft sie der Richter und erläßt die dem Stande des Rechtsstreites angemessene Verfügung in der Hauptsache. Die nach Lage der Sache statthafte Benennung wird dem Kläger eröffnet, und es muß ihm überlassen bleiben, ob er sich (mit einer neu einzureichenden Klage) an den Nominaten wenden, oder, so ferne er nachzuweisen vermag, daß der Nominant dennoch in seinem eigenen Namen besizt, mit diesem den Prozeß weiter fortführen will. Der Nominant ist seiner Seits zum Beweise seiner Angabe nicht anzuhalten.

6) Wendet sich der Kläger mit der abgeänderten Klage gegen den Nominaten, und dieser erklärt sich in dem zur Vernehmlassung über die Klage anberaumten peremtorischen Termine entweder gar nicht, oder dahin, daß er nicht Eigenthümer der Sache sei, so wird in beiden Fällen der

Kläger, wenn er den Grund seines Anspruches wenigstens bescheiniget hat, in den Besitz gesezt, jedoch dem Nominaten, der sich nicht erklärt hat, das Petitorium vorbehalten. Es ist aber auch in einem solchen Falle dem Kläger nicht verwehrt, um der definitiven Beendigung willen auf die weitere Fortsezung des Rechtsstreites gegen den Nominaten und resp. auf Erlassung des Erkenntnisses in der Hauptsache anzutragen, wo ihm dann natürlich neben dem Beweise über die übrigen, zur Begründung seiner Klage gehörigen, Thatsachen auch der Beweis darüber aufzuerlegen ist, daß der Nominat zur Zeit der gegen ihn erhobenen Klage Besizer der Sache gewesen sei.

Fehlt es der gegen den Nominaten gerichteten Klage in gedachtem Falle an Bescheinigung, so will Stürzer [4]) dieselbe angebrachtermaßen abgewiesen haben; allein, da für das gewöhnliche Verfahren eine Bescheinigung der Klage nirgends erfordert wird, so ist auch hier dem Kläger freizulassen, ob er zum Zwecke der Erhaltung des vorläufigen Besizes noch Bescheinigung nachbringen oder auf Erlassung des Erkenntnisses in der Hauptsache zum Zwecke der definitiven Beendigung nach Maaßgabe des oben Bemerkten antragen will [5]).

§. 4.

Von der Intervention [1]).

A. Allgemeines.

1) Der Intervention, d. h. der Einmischung eines Dritten in einen bereits begonnenen Rechtsstreit, ist von

4) Bemerkungen S. 582.

5) Vgl. Kleiner, „Ueber die Bescheinigung" (Regsb. 1855) S. 78 f.

1) Vgl. Gensler im Archiv für civ. Praxis Bd. VI S. 153 ff.

der bayerischen Gerichtsordnung scheinbar ein viel weiterer Spielraum eingeräumt, als man ihr nach gemeinem Rechte zugesteht. Sie soll in allen Sachen [1a]) Plaz greifen,

„wobei ein Dritter in der Folge so weit interessirt ist, daß er Nuzen oder Schaden davon zu erwarten hat.“

Allein die Anmerkungen, insbesondere die darin angeführten Beispiele und die Vergleichung der in Bezug genommenen Schriftsteller, führen zu einer beschränkenden Auslegung, nach welcher der zu erwartende Nuzen oder Schaden jedenfalls in einem Einflusse auf ein vom Intervenienten behauptetes Recht oder dessen Ausübung, oder in der Gefahr des Eintretens einer rechtlichen Verbindlichkeit bestehen muß. Die Intervention findet statt, wenn der Intervenient das Recht, über welches die Hauptparteien streiten, ganz oder zum Theile für sich in Anspruch nimmt; wenn es sich in dem Hauptstreite, oder auch nur in der demselben folgenden Exekutionsinstanz von Zuerkennung oder Verwendung einer Sache handelt, auf welche der Intervenient das Eigenthum oder ein anderes Recht behauptet, dessen fernere Wirksamkeit ohne die Einmischung gehindert oder geschmälert würde; wenn von dem Rechtsverhältnisse, um welches der erhobene Prozeß sich dreht, ein Recht des Intervenienten abhängt [2]), oder wenn der

Mittermaier ebd. Bd. II S. 256 ff. Lauk in v. Zurhein's Beiträgen Bd. II S. 248 ff. Linde, Abh. Bd. II S. 148. Bayer, Vorles. ed. VIII §§. 41—46.

1a) Also in possessorio sowohl, als in petitorio, im summarischen, wie im gewöhnlichen Verfahren.

2) Z. B. von der Giltigkeit des Testamentes, über welche der Hauptstreit geführt wird, das dem Intervenienten verschaffte Legat.

für einen Theil ungünstige Ausgang desselben eine Regreßklage gegen den Dritten herbeiführen würde [3]); wenn die Ausübung der Gerechtsame, welche der Hauptstreit betrifft, mit der Verwirklichung derjenigen Befugniß, welche dem Dritten zusteht, nicht vereinbar wäre [4]). — Dagegen ist das Interesse, welches der Gläubiger an dem Wohlstande, der Zahlungsfähigkeit des Schuldners hat, für Ersteren kein hinreichender Grund, sich in Prozesse des Lezteren über Vermögensrechte einzumischen [5]); — wodurch jedoch die Einmischung, welche in einem gehörig begründeten Arrestgesuche oder in der Geltendmachung einer erwirkten Immission liegt, nicht ausgeschlossen ist.

2) Nach der in der Gerichtsordn. und in den Anmerkungen ausgesprochenen Ansicht Kreittmayr's ist ein Fall der Intervention nur da vorhanden, wo sich das Interesse des Dritten, als in der Folge des Hauptstreites eintretend, darstellt, nicht aber da, wo ihn der Hauptstreit direkt und geraden Weges entweder allein (wie im Falle der nominatio auctoris) oder mit betrifft, z. B. wo ein Theilhaber des Rechtes dem über dasselbe mit einem anderen Genossen erhobenen Prozesse beitritt. In lezterem Falle tritt der sich Einmischende ganz in die Stellung eines Streitgenossen in dem oben Kap. IV §. 9 erörterten Sinne.

3) S. oben §. 2 die Fälle der Streitverkündung.

4) Wenn z. B. das den Gegenstand des Hauptstreites bildende Recht, in einem gewissen Quartier zu wohnen, auch von einem Dritten für sich in Anspruch genommen wird.

5) Hierüber äußert Gail obs. Lib. I 125 (auf welchen der von Kreittmayr in Bezug genommene Baron Schmid verweist): hoc interesse non consideratur; magna enim ex illa agendi vel defendendi licentia et potestate absurditas sequeretur.

3) Damit die Intervention zu keiner geflissentlichen Verzögerung des Hauptstreites diene, so soll sie anders nicht zugelassen werden, es habe denn zuvörderst der Intervenient, oder wo derselben mehrere sind, jeder besonders sein bei der Sache habendes wahres und nicht allzuweit hergesuchtes [6]) Interesse summarisch dargethan (bescheinigt, wahrscheinlich gemacht) [6a]). Durch Erbieten zum Eide kann diese Bescheinigung nach dem geltenden Rechte [7]) nicht geschehen. Ist die erforderliche Bescheinigung nicht sogleich mit beigebracht, so ist sie dem Intervenienten durch einen Vorbescheid [8]) aufzugeben, und, im Falle dieser Auflage nicht entsprochen wird, die Intervention zurückzuweisen.

Von der erklärten Intervention, wenn solche dem Richter zulässig erscheint, ist den Parteien Kunde zu geben, und zum Vorbringen etwaiger Einwendungen gegen die Einmischung eine Frist oder Tagfahrt zu bestimmen. Dies kann mit der Aufforderung zu anderen Prozeßhandlungen, welche gerade an der Ordnung, verbunden werden.

4) Ob eine Intervention als prinzipale oder ak-

6) Vgl. oben Nr. 1. Bl. f. RA. Bd. XVIII S. 350 Nr. 1. In Beurtheilung des Daseins und der Beschaffenheit waltet das richterliche Ermessen, nach Erwägung aller Umstände des einzelnen Falles. In zweifelhaften Fällen ist die Intervention eher zuzulassen als zurückzuweisen.

6a) Vgl. hierüber Kleiner „Ueber die Bescheinigung" (Regensburg 1855) S. 103 f.

7) Nov. von 1819 §. 7. — Vgl. Stürzer, Civilrechtsverfahren S. 583.

8) Welcher selbstständige Berufung nicht zuläßt. — Gegen die Zulässigkeit eines solchen Vorbescheides und für Abweisung (wie angebracht) der ohne Bescheinigung des Interesses angebrachten Intervention erklärt sich Kleiner a. a. O. S. 107.

zessorische aufzufassen sei, bestimmt sich zunächst nach der Absicht des Intervenienten. Hiernach ist eine akzessorische Intervention dann vorhanden, wenn es dem Intervenienten blos darum zu thun, einer Partei den Prozeß gewinnen zu helfen, ohne daß er zunächst auch für sich etwas erringen will; eine Prinzipalintervention hingegen, wenn seine Absicht darauf gerichtet ist, daß ihm selbst etwas zuerkannt werde [9]). Der Intervenient ist gehalten, sich bei seinem Auftreten ausdrücklich zu erklären, ob er nur beistandsweise oder für sich selbst principaliter interveniren wolle [10]).

In den meisten Fällen entscheidet schon das Rechtsverhältniß darüber, ob sich die Sache zur Prinzipal- oder akzessorischen Intervention eigne; in manchen aber kann sich der dritte Interessant eben so gut mit einer selbständigen Klage, als mit bloser Beistandsleistung einmischen, z. B. der Legatar in dem über die Giltigkeit des Testamentes zwischen dem Testaments- und dem Intestaterben geführten Prozesse.

B. Akzessorische Intervention [11]).

Die Natur der blosen Beistandsleistung bringt es mit sich, daß sie bei demselben Gerichte, vor welchem die Hauptsache schwebt, anzubringen ist, ohne daß der Gerichtsstand des Intervenienten in Betracht kommt.

Ist die Einmischung gerechtfertigt, so kann die Beistandsleistung vor sich gehen, obwohl die Partei, welcher der Intervenient beitritt, dieselbe anzunehmen sich weigert.

9) Vgl. Bayer a. a. O. §. 42.

10) Demzufolge kann das Dasein einer s. g. gemischten Intervention nach bayer. Rechte nicht angenommen werden. Vgl. Bayer, Vorles. ed. VIII § 45.

11) Gerichtsordn. a. a. O. Nr. 3 vgl. mit den Anmerk.

Die akzessorische Intervention kann zwar in jedem Stadium des Prozesses Platz greifen, insbesondere noch in der Instanz der Rechtsmittel; allein der Intervenient muß die Sache in demjenigen Stande annehmen, in welchem sie sich zur Zeit der Einmischung befindet, ohne (abgesehen von Zulässigkeit einer Restitution) [11a]) Einreden, Beweismittel oder Rechtsmittel vorbringen, resp. benützen zu dürfen, hinsichtlich welcher der Partei, welcher assistirt wird, Präjudizial- oder Nothfristen bereits mit der Wirkung des Ausschlusses abgelaufen sind.

Im Fortgange des Prozesses halten die Handlungen des Intervenienten mit denen der Partei, für deren Sieg er streitet, gleichen Schritt; alle Eingaben des Gegners werden auch ihm mitgetheilt, er wird zu allen Tagfahrten mitgeladen und überall, wo jene sich zu äußern hat, auch mit seiner Erklärung vernommen. — Dagegen hat die Thätigkeit eines Jeden derselben in so ferne den Charakter der Selbständigkeit, als etwaige Versäumnisse des Einen dem Anderen nicht zum Nachtheile gereichen, also z. B. die Berufung des Intervenienten zuläßig ist, obwohl die von ihm unterstützte Partei ihrerseits nicht appellirt hat. — Auf der anderen Seite bringt es die Natur der Beistandsleistung mit sich, daß alles Sachdienliche, was der Intervenient vorbringt oder thut, derjenigen Partei, welcher die Assistenz geleistet wird, zu Gute kommt [11b]).

11a) Vgl. Wetzell, System des Civilproz. Abth. 1 S. 29.

11b) Dies versteht sich jedoch, da die Beistandsleistung nur zur Ergänzung, nicht zur Berichtigung bestimmt ist, mit der Beschränkung: so ferne die Hauptpartei nicht gerade das Gegentheil davon vorbringt oder thut, z. B. Thatsachen einräumt, Urkunden anerkennt, welche der Assistent widerspricht oder diffitirt. Im Falle solchen (wohl sehr selten vorkommenden)

Wenn es in der Gerichtsordnung heißt:

„es solle eines mit dem andern ausgemacht werden“

so kann dies zufolge der Natur der akzessorischen Intervention, als einer blosen Beistandsleistung, nicht den Sinn haben, als ob die Intervention zu einem besonderen Ausspruche über Streitpunkte Anlaß geben könne, welche von den unter den Hauptparteien zu entscheidenden verschieden sind [12]); vielmehr bedeutet jener Saz nichts weiter, als daß bei Fassung des Erkenntnisses mit dem unter den Hauptparteien Verhandelten auch die von dem Intervenienten vorgebrachten Gründe und Behelfe zur Erwägung kommen. War über die hinsichtlich der Statthaftigkeit der Intervention etwa vom Gegner vorgetragenen Einwendungen noch kein Ausspruch erfolgt, so kann dieser mit dem Urtheile in der Hauptsache verbunden werden [13]).

In so ferne der Intervenient mit der von ihm unterstüzten Partei zusammenwirkt, um deren Gegner zu besiegen, kann er allerdings als Streitgenosse bezeichnet werden. Will man aber den Gebrauch dieses Ausdruckes auf das Dasein der Voraussezungen beschränken, welche die Vereinigung mehrerer Personen als Mitkläger oder den Zwang, sich zusammen verklagen zu lassen, nach den zu Kap. IV §. 9 vorgetragenen Grundsäzen bedingen, so

Widerstreites in den Erklärungen der für das gleiche Ziel Kämpfenden muß natürlich auch das Urtheil bezüglich der verschiedenen Personen derselben Parteirolle verschieden ausfallen, und der für den Hauptstreiter ungünstige Ausgang des Prozesses bezüglich des Assistenten (in Betreff des etwaigen Regresses gegen diesen) unschädlich bleiben.

12) Vgl. jedoch oben §. 2 Nr. 10.

13) Ueber die Zulassung der (akzessorischen) Einmischung findet keine selbständige Berufung statt, wohl aber über die Zurückweisung. Ges. vom 17. Nov. 1837 §. 52 Nr. 1.

wird derselbe auf akzessorische Intervenienten häufig nicht passen [14]).

C. Hauptintervention.

Eine Hauptintervention ist vorhanden, wenn der Intervenient etwas für sich selbst zuerkannt haben will [14a]). Daß er etwa in Begründung und Durchführung seines Anspruches mit der Intention einer der Hauptparteien zusammentrifft, hebt den Charakter der Hauptintervention nicht auf, z. B. wenn der Legatar in dem zwischen dem Testaments- und Intestaterben über die Giltigkeit des Testamentes obschwebenden Prozesse intervenirt, indem er, gleich dem Testamentserben für die Giltigkeit kämpfend, die Berichtigung des Vermächtnisses verlangt [14b]).

Gemeinhin wird die Hauptintervention dadurch hervorgerufen, daß von mehreren Personen kollidirende Ansprüche auf dieselbe Sache erhoben werden, indem z. B.

14) Vgl. Bayer a. a. O. §. 44: „Da der akzessorische Intervenient bei der Streitsache weder als Kläger, noch als Beklagter unmittelbar betheiligt ist, so kann auch das durch diese Intervention entstehende Verhältniß nicht als eine subjektive Klagenhäufung, oder als eine eigentliche Streitgenossenschaft im Sinne der gewöhnlichen Doktrin betrachtet werden." — Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 185 Note 1.

14a) Natürlich immer vorausgesezt, daß es am Interesse nicht fehle, sich in den anhängigen Prozeß einzumischen, sich an der Führung desselben, so weit es die Wahrung des eigenen Rechtes nöthig macht, zu betheiligen. Vgl. Seuffert's Archiv Bd. VII S. 449. Streitpunkte, bezüglich welcher dieses Interesse nicht vorwaltet, sind zur gesonderten Ausführung zu verweisen. Vgl. OAGE. vom 2. Juli 1844 Nr. 801 $^{11}/_{12}$.

14b) In Fällen dieser Kategorie kommen indessen verschiedene Auffassungen vor. Vgl. das in der vorigen Note angef. OAGE.

eine Sache, welche der siegende Gläubiger als Exekutionsobjekt in Vorschlag brachte, von einem Dritten als sein Eigenthum reklamirt wird [14c]; oder daß von mehreren Personen jede eine und dieselbe Forderung, als ihr zustehend, behauptet und geltend macht; oder daß gleichartige personen-rechtliche Ansprüche zweier Personen an eine dritte, z. B. die Ansprüche zweier Bräutigame einer Braut, mit einander kollidiren [15]).

Ueberall aber hat die Hauptintervention die Natur einer selbständigen Klage. Die näheren Grundsätze bestimmen sich theils durch diese Eigenschaft, theils durch die Beziehung zu der anhängigen Hauptsache:

1) Der Eigenschaft einer selbständigen Klage gemäß ist dieselbe bei demjenigen Gerichte anzubringen, welches für sie das zuständige ist, ohne daß hieran durch die Be-

14c) Fr. 15 §. 4 de re judic. (42, 1): „Si rerum, quae pignoris jure captae sunt (Fall unserer heutigen richterlichen Bezeichnung als Exekutionsobjekt), controversia fiat, constitutum est ab Imperatore nostro, ipsos, qui rem judicatam exsequuntur, cognoscere debere de proprietate: et si cognoverint, ejus fuisse, qui condemnatus est, rem judicatam exsequentur. Sed sciendum est, summatim eos cognoscere debere, nec sententiam eorum posse debitori praejudicare, si forte hi dimittendam eam rem putaverint, quasi ejus sit, qui controversiam movit, non ejus, cujus nomine capta est; nec eum, cui restituta est, statim habere per sententiam debere; si forte jure ordinario coeperit ab eo res peti; sic evenit, ut omnibus integris tantum capioni res judicata proficiat. Sed illud debet dici, ubi controversia est de pignore, id dimitti debere, et capi aliud, si quod est sine controversia."

15) Vgl. Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 33 ff., Bd. XIX Erg. Bl. S. 65 f.

ziehung auf einen anderen Rechtsstreit etwas geändert wird [16]). Ist demnach die Interventionsklage eine dingliche und auf Zuerkennung des damit eingeklagten Rechtes gerichtet, so gehört sie vor das forum rei sitae, mag gleich der Hauptstreit, auf welchen sie einwirken soll, bei einem anderen Gerichte anhängig sein [16a]). Die bezeichnete Eigenschaft bringt es ferner mit sich, daß die vom Intervenienten erhobene Klage zunächst gegen diejenige Partei des Hauptstreites gerichtet ist, welche nach ihrem Inhalte als der natürliche Beklagte erscheint; also z. B. gegen die im Besitze der streitigen Sache befindliche Partei, wenn der Hauptintervention eine Vindikation zu Grunde liegt [16b]). — Eben so bringt es die Natur der selbständigen Klage mit sich, daß die beiden Prozesse, der über die Hauptsache

16) Bl. f. Rechtsanw. a. a. O. vgl. auch Bd. V S. 277.

16a) Anders verhält sich aber die Sache, wenn der Intervenient nicht Ansprüche auf den Streitgegenstand des Hauptprozesses zur definitiven Anerkennung bringen, sondern nur verhindern will, daß zum Behufe der Exekution des Urtheils gewisse Sachen, deren Eigenthum etwa derselbe für sich reklamirt, in Angriff genommen und zum Verkaufe gebracht werden (vgl. Note 14a). Bei dieser Intervention handelt es sich nur darum, dem Richter die Gründe für die beantragte Zurücknahme seiner Verfügung, als in die Rechte Dritter eingreifend, darzuthun. Die durch eine solche Intervention angeregte Frage gehört zur Kognition des Richters im Hauptstreite. Bl. f. RA. Bd. XIX a. a. O. S. 68 f. Vgl. unten Nr. 4 a. E.

16b) In dem Falle der vorigen Note ist es aber nicht der besitzende Beklagte des Hauptstreites, welcher der Reklamation des Intervenienten entgegentritt, sondern diese ist gegen den Kläger des Hauptprozesses gerichtet, zu dessen Vortheil die fragliche Sache als Exekutionsgegenstand dienen soll. Bl. f. RA. a. a. O. S. 68.

und der andere über das von dem Intervenienten geltend gemachte Recht, im Allgemeinen neben und unabhängig von einander ihren Fortgang nehmen und eben so wenig zusammen entschieden werden [17]).

Der Doppelprozeß, welchen die Hauptintervention mit sich bringt, findet aber nicht statt, wenn z. B. der Besitzer der Sache bereit ist, dieselbe herauszugeben, oder der Schuldner, zu bezahlen, und nun der Eine und der Andere, weil wegen der kollidirenden Ansprüche des Hauptklägers und des Intervenienten an keinen von Beiden mit Sicherheit tradirt oder gezahlt werden kann, sich durch gerichtliche Deposition oder durch Veranlassung der Sequestration der Vertretung der Sache entzieht, in welchem Falle nur ein Prozeß, nämlich zwischen den beiden Prätendenten geführt wird [18]).

17) Auch dieses paßt nicht auf den Fall der Note 16a, indem es sich in diesem lediglich davon handelt, ob mit der Exekution auf den fraglichen Gegenstand verfahren werden soll oder nicht. Vgl. unten Nr. 4 a. E.

18) Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 33–4. Dem von zwei Seiten in Anspruch genommenen Beklagten ist noch ein anderer Ausweg eröffnet; indem er nämlich einem der Prätendenten die Sache verabfolgt oder die Zahlung leistet, sich aber von ihm die cautio defensum iri, d. h. Sicherheit dafür bestellen läßt, daß er (der Kavent) in seinem (des Besitzers oder Schuldners) Namen die Rechtsvertheidigung führen, alle Kosten tragen und eben so dem künftigen Urtheilsspruche genügen werde. Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 119. Die erwähnte cautio defensum iri kann auch von Amtswegen zuerkannt werden, wenn nämlich der Beklagte dem Anspruche des Klägers nur aus dem Grunde zu genügen Bedenken trägt, weil ein Dritter dieselbe Sache, dieselbe Leistung, z. B. des

2) Wenn darüber, ob dem Intervenienten das von ihm geltend gemachte Recht zustehe oder nicht, der für dessen selbständige Klage zuständige Richter verhandelt und entscheidet, so gehört auf der anderen Seite das Urtheil über Zulässigkeit und Wirkung der Einmischung in den Hauptstreit zur Sphäre des Gerichtes der Hauptsache[19]. — Die Natur der Einmischung bringt es ferner mit sich, daß ein Exemplar oder eine Abschrift der Interventionsklage zu den Akten des Hauptprozesses gebracht und beiden Parteien desselben mitgetheilt werden muß[20]), — und daß die Interventionsklage ihre Richtung gegen beide Parteien nimmt, wenn das vom Intervenienten behauptete Recht sowohl mit dem vom Hauptkläger verfolgten, als auch mit dem vom Beklagten vertheidigten Rechte kollidirt, und keiner von Beiden den Anspruch des Intervenienten anerkennt[21]).

3) Ueber Voraussezungen, Bestreitung und Beurthei-

Zehents, für sich in Anspruch nimmt. — S. hierüber Bl. f. Rechtsanw. a. a. O. S. 120.

19) Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 35.

20) Wie zu verfahren, wenn die Hauptintervention bei einem anderen Gerichte angebracht worden, darüber s. Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 36 ff.

21) In solchem Falle wird durch die Hauptintervention eine besondere Art passiver Streitgenossenschaft veranlaßt, welche abgesehen von der Beziehung zu dem anhängigen Prozesse nicht Plaz greifen könnte. Z. B. der Legatar könnte, abgesehen von dem zwischen Testaments- und Intestaterben anhängigen Prozesse, seine Klage auf Berichtigung des Vermächtnisses nur gegen den Testamentserben richten. Diese Streitgenossenschaft dauert natürlich nur so lange, bis durch rechtskräftige Entscheidung des Hauptstreites festgestellt ist, wem die Erbschaft zustehe.

lung der Zulässigkeit der Einmischung gilt auch hier das oben Abth. A Nr. 3 Vorgetragene.

4) Die Wirkung einer zugelassenen Einmischung besteht im Allgemeinen darin, daß der Hauptintervenient Kenntniß von der Lage der Hauptsache zur Zeit der Einmischung und jederzeit während des ferneren Fortganges nehmen kann. Er ist in Bezug auf den Hauptstreit provisorische Verfügungen und andere Sicherungsmaaßregeln zu beantragen befugt, wenn, um das seinerseits geltend gemachte Recht zu wahren, gegründeter Anlaß dazu vorhanden ist. — Ueber die wichtigste hier vorkommende Frage, ob und wie ferne der Intervenient eine Sistirung der Hauptsache bis zur Erledigung der Intervention verlangen könne, ist Folgendes zu bemerken.

Zunächst kommt es darauf an, ob die Interventionssache dergestalt präjudiziell ist, daß der Sieg des Klägers im Hauptprozesse, ohne vorgängige Besiegung des Intervenienten, gar keinen Erfolg haben, d. h. daß der siegende Kläger nicht einmal gegen Kaution in den Besiz oder Genuß eingesezt oder zur Verwirklichung des erstrittenen Rechtes gelassen werden könnte [22]). In solchen Fällen, aber auch nur in so beschaffenen Fällen, hat die Hauptintervention die Wirkung, daß die Verhandlung des Hauptprozesses auf Antrag eines der Betheiligten bis zur Erledigung der Interventionssache sistirt wird. — Wo immer aber sich, bei

22) Z. B. „könnte der siegende Bräutigam, ohne vorgängige Besiegung seines Rivalen, nicht zur Trauung und zum Genusse der ehelichen Rechte gelassen, eben so wenig dem siegenden Pfandgläubiger, ohne vorgängige Besiegung des Vindikanten, die Veräußerung der Pfandsache, auf deren Bewirkung der Hauptprozeß gerichtet war, gestattet werden." Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 34.

Einsezung des siegenden Klägers in den Genuß der erstrittenen Rechte, das Interesse des Intervenienten durch Kautionsleistung wahren läßt, fehlt es an der rechtserheblichen Ursache, den Gang des Hauptprozesses aufzuhalten [23]). In allen solchen Fällen gehen die beiden Prozesse neben einander ihren Gang, der Hauptprozeß nach wie vor gegen den ursprünglichen Beklagten, die Interventionsklage, wo nicht einer der Hauptstreiter das Recht des Intervenienten anerkennt, gegen beide Parteien des Hauptprozesses gerichtet. Erwirkt nun der Kläger des Hauptprozesses ein rechtskräftiges obsiegliches Urtheil, so steht nichts im Wege, dasselbe zum Vollzuge zu bringen; nur muß er auf Verlangen des Intervenienten wegen der künftigen Herausgabe oder Erstattung, für den Fall, daß solche ihm durch das Urtheil in der Interventionssache aufgelegt werden sollte, Kaution leisten, auch die Interventionssache in der Lage, in welcher sie sich jezt befindet, von nun an als alleiniger Beklagter fortführen, und dies zwar ohne Unter-

23) Z. B. Ein Testamentserbe ist mit dem besizenden Intestaterben in Verhandlung der hereditatis petitio begriffen, und nun wird von einem Dritten auf dem Grunde eines jüngeren Testamentes oder eines Erbvertrages prinzipaliter intervenirt; — oder: Sowohl der Kläger des Hauptprozesses, als der Intervenient verlangen auf dem Grunde eines dinglichen oder persönlichen Rechtes die Verabfolgung, d. h. die Uebertragung des Besizes einer Sache, welche sich in den Händen des Beklagten befindet; oder: Dieselbe Forderung wird gegen den Schuldner von dem ursprünglichen Gläubiger und später interveniendo von einem angeblichen Zessionar, oder zuerst von dem Erben, nachher von einem Dritten auf dem Grunde eines Vermächtnisses eingeklagt.“ Bl. f. Rechtsanw. a. a. O. S. 35.

schied, ob er bisher an der Verhandlung derselben Theil genommen hat oder nicht[24]).

Was insbesondere den Einfluß der Hauptintervention auf die Exekution in der Hauptsache betrifft, so verordnet die Gerichtsordnung, es solle diese durch jene nicht gehemmt werden,

„es sei denn, daß Intervenient von dem Hauptprozesse vorher keine Wissenschaft erlangt, oder sein angebliches Interesse nicht eher in Erfahrung gebracht zu haben, eidlich erhärten, daneben das Interventionsrecht gleich auf der Stelle durch klare briefliche Urkunden oder sonst ohne weitläufige Beweisgründe[24a]) darthun, oder wenigstens, daß ihm durch die Exekution ein unwiderbringlicher Schaden unfehlbar zugehen würde, hinlänglich beweisen könnte.“

Dieses bezieht sich jedoch nur darauf, wenn die Ansprüche des Dritten, mit welchen er nun erst in der Exekutionsinstanz hervortritt, eine Sache betreffen, welche, so wie sie jezt der Gegenstand der beantragten Exekution ist, so auch das Objekt des vorhergegangenen Rechtsstreites selbst war[25]).

In einem solchen Falle ist die Wirksamkeit des Einspruches davon abhängig gemacht, daß der Intervenient früher entweder von dem Prozesse oder von seinem Interesse keine Wissenschaft gehabt, und daß er sein Interven-

24) Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 33 ff.

24a) Ein summarischer, sofort mit Einreichung der Interventionsschrift angetretener Zeugenbeweis ist nicht ausgeschlossen. Vgl. v. Gutermann in den Bl. f. RA. Bd. IX S. 257.

25) 3. B. das Pfandrecht auf dieselbe Sache, welche jezt in der Exekutionsinstanz verkauft werden soll, war Haupt- oder Nebengegenstand des rechtskräftig entschiedenen Prozesses.

tionsrecht[25a]), beziehungsweise die Unwiderbringlichkeit des drohenden Schadens, sofort nachweise. Fehlt es an diesem sofortigen Nachweise, so wird der Exekution jedoch nur gegen hinlängliche Kaution der Lauf gelassen; wenn dagegen der Intervenient sich weigert, eidlich zu erhärten, daß er von dem Prozesse oder seinem Interesse früher keine Kunde gehabt, so kann er nicht einmal Kaution fordern.

Die eben erläuterte Stelle der Gerichtsordn. bezieht sich aber nicht auf den Fall, wenn zum Zwecke der Auspfändung Sachen des Schuldners der Beschlagnahme unterworfen, und nun solche oder einzelne derselben von einem Dritten als sein Eigenthum oder als Gegenstand seines Pfandrechtes oder Nießbrauches reklamirt werden. In Fällen dieser Art reicht es zur Hemmung der Exekution, d. h. der Zwangsveräußerung, hin, daß der Intervenient sein Interesse bescheinigt (wahrscheinlich macht), und es kommt auch nicht darauf an, ob er erst jezt von dem Hauptprozesse, der einen ganz anderen Gegenstand betraf als die nun als Exekutionsobjekt bezeichnete Sache, Wissenschaft erlangt hat. Die Sistirung der Exekution kann in Folge der beigebrachten Bescheinigung sofort verfügt, es muß aber dem Interventen Gelegenheit zur Bekämpfung der Anträge und Vorlagen des Intervenienten, wie zur Beibringung von Gegenbehelfen eröffnet, und zu diesem Ende summarische Verhandlung eingeleitet werden. Führt diese Verhandlung zu dem Ergebnisse, daß es noch als zweifelhaft erscheint, ob die Sache Demjenigen, für dessen Schuld sie als Exekutionsobjekt angegriffen worden,

25a) Dieses Erforderniß sofortigen Nachweises bringt es mit sich, daß hier die Regel, nach welcher bei Erhebung dinglicher Klage die causa remota seu specialis nicht angegeben werden muß, keine Anwendung finde. Bl. f. RA. Bd. XII S. 284.

oder ob sie dem Intervenienten gehöre (resp. ob das der Einmischung zu Grund liegende Recht bestehe oder nicht), so ist der fragliche Gegenstand von der Verwendung zur Exekution in dem obschwebenden Verfahren freizugeben; unbeschadet weiterer Verfolgung von Seite des Exekutionsberechtigten im gesonderten Rechtswege. Gleiches gilt für den Fall, wenn die Verhandlung dem Richter die Ueberzeugung verschafft, der Anspruch des Intervenienten sei wohl begründet; wohingegen im entgegengesezten Falle, wenn der Richter nach gepflogener Verhandlung den Anspruch des Intervenienten für grundlos erachtet, unter Verwerfung der Einmischung mit der Exekution fortgefahren wird, in beiden Fällen unbeschadet weiterer Verfolgung im gesonderten Rechtswege [26]).

D. Veranlassung der Intervention durch Adcitation.

Eine Adcitation in dem Sinne, in welchem sie viele, insbesondere ältere, Rechtslehrer als in dem gemeinen deutschen Prozesse statthaft annehmen [27]), als das selbständige oder durch die Anträge der Parteien bedingte Recht des Richters, einen Dritten mittels einer arktatorischen Ladung zu dem Zwecke zur Theilnahme an einem unter anderen Personen anhängigen Rechtsstreite aufzufordern, um sein bei jenem Rechtsstreite in Frage kom-

26) Vgl. das in Note 14a abgedruckte fr. 15 §. 4 de re jud., insbesondere die Worte: „sic evenit, ut omnibus integris tantum capioni res judicata proficiat". Vgl. oben Note 16a und c.

27) Gönner, Handb. I 19. Mittermaier im Archiv f. die civ. Prax. Bd. III S. 31 ff., Bd. XXIII S. 369 ff. Gensler ebd. Bd. IV S. 175 ff. Brauer ebd. Bd XXIII S. 343 ff. Martin im Magaz. f. den bürgerl. Proz. Bd. I S. 33.

mendes Interesse zu wahren, — ist der Gerichtsordnung eben so fremd, wie dem gemeinen Rechte.

Wohl aber verpflichtet die Gerichtsordn. den Richter: „auf das bei jeder Sache obwaltende Recht und Interesse eines Dritten allezeit von Amtswegen fleißige Acht zu haben, und wenn er dergleichen ex actis [27a]) bemerken würde, demselben sogleich Nachricht von dem Streite zu ertheilen [27b]), oder [27c]) den Parteien aufzulegen, glaubhafte Urkunden [27d]) darüber beizubringen, daß derselbe gute Wissenschaft davon habe, und vorher in der Sache nicht weiter zu verfahren [27e]); welche Meinung es auch auf den Fall hat,

27a) Darunter sind wohl auch die Verhandlungen anderer konnexer Sachen zu begreifen.

27b) Ist von einem Rechtsstreite, welchen ein Verganteter gegen einen seiner Schuldner zur Beitreibung eines Aktivums führt, den im Konkurse unbefriedigt gebliebenen Gläubigern von Amtswegen Nachricht zu geben? Durch OAGE. in Nr. 1323 $^{13}/_{41}$ verneint.

27c) In einem OAGE. vom 30. Jänner 1855 (Nr. 289 $^{54}/_{55}$) wurde angenommen, daß die zweite Alternative „oder den Parteien aufzugeben u. s. w." heutzutage nicht mehr zur Anwendung komme, da sie mit der in GO. V §. 8 dem Kläger aufgelegten Pflicht, für die Insinuation selbst zu sorgen, zusammenhängt, diese Insinuation durch den Kläger aber nicht mehr in Uebung sei. Vgl. Komment. Bd. II S. 260.

27d) Darunter waren nicht blos öffentliche Urkunden gemeint. Kleiner über die Bescheinigung (1855) S. 81 f.

27e) Bis der Erfolg der Benachrichtigung des Dritten gewiß ist, soll der Streit unter den Hauptparteien ruhen. Dem Dritten dürfte eine Frist (zur Intervention) mit dem Bemerken vorzustecken sein, daß nach deren fruchtlosen Ablauf in der Sache weiter verfahren werden würde. Bayer, Vorträge über den bayer. Civ. Proz. I S. 130.

wenn die Parteien sich selbst auf einen Dritten berufen, und aus allen Umständen erhellet, daß dieses nicht in böser Absicht oder eines blosen Aufschubes wegen geschehen sei."

Hierüber ist nun Folgendes zu bemerken [27f]):

1) Ob das Interesse des Dritten, so ferne es nur ein juristisches (vgl. Abschn. A Nr. 1 oben) ist, dem Dritten zu einer Prinzipal=, oder nur zu einer accessorischen Intervention Veranlassung gibt, darauf scheint es bei der Allgemeinheit des Ausdruckes des Gesezes nicht anzukommen. Indessen spricht die Vergleichung der Vorschrift der GO. mit ihrer, von Kreittmayr (Anmerk. lit. e) in Bezug genommenen, Quelle (Summar. Proz. Tit. 6 Art. 2) allerdings für die Ansicht, welche die Verpflichtung des Richters zur Adcitation auf solche Fälle beschränkt, wo er sieht, daß der Dritte ein selbständiges Recht an der Sache hat, zufolge dessen er mit einer Hauptintervention auftreten könnte [28]).

Demzufolge ist

2) ein Fall der Adcitation in dem angegebenen Sinne insbesondere da nicht gegeben, wo eine Partei von der Litisdenunziation an den gewährschaftspflichtigen Dritten Ge=

27f) Ueber die Adcitation der Ortsarmenpflege, insbesondere in Paternitätsprozessen s. Feust in den Bl. f. RA. Bd. XIV S. 151.

28) Vgl. Bayer, Vorträge über den bayer. Civilproceß Bd. I S. 128, welcher noch darauf aufmerksam macht, daß auch der gemeinrechtlichen Praxis zufolge die Adcitation auf Fälle der Prinzipalintervention beschränkt sei, und daß die einschlagende Bestimmung der GO. (Nr. 5, 6, 7 des §. 4) in der Mitte zwischen solchen Vorschriften (Vgl. Nr. 4, 8, 9) stehe, welche nur auf die Hauptintervention passen.

brauch machen könnte, dieses aber zu thun unterläßt [28a]). Diese Versäumniß gereicht dem Dritten nicht zum Nachtheile, sondern (durch Befreiung von der Regreßklage) zum Vortheile. Sein Interesse wird daher durch Nichtbenachrichtigung nicht gefährdet.

3) Zu einer Erklärung wird der Adcitat nicht aufgefordert, sondern derselbe nur von dem obschwebenden Rechtsstreite mit der Bemerkung in Kenntniß gesezt, daß es ihm freistehe, von den Streitakten Einsicht zu nehmen und die zur Wahrung seines Interesse dienlichen Anträge zu stellen, daß aber im Falle solche innerhalb der vorgesteckten Frist nicht einkämen, weiter in der Sache gerichtsordnungsmäßig würde verfahren werden.

4) Die etwa durch die Adcitation veranlaßte Einmischung des Dritten hat nichts Besonderes [28b]).

5) Unterläßt derselbe die Stellung von Anträgen, so ist die Folge davon nur, daß ihm diejenigen faktischen Vortheile entgehen, welche seine dermalige Einmischung gehabt haben würde. Es wird ihm also dadurch weder die Befugniß entzogen, später noch mit einer besonderen Klage aufzutreten, noch die weitere, auch nach Verlauf des Termins noch eine Intervention geltend zu machen; nur muß er sich diejenigen Beschränkungen, welchen eine solche zufolge der obigen Erörterungen in einem späteren Stadium des Prozesses, insbesondere in der Exekutionsinstanz, unterworfen ist, gefallen lassen, und es wirkt die res judicata aus dem obschwebenden Prozesse, im Falle er gemeinschaftliches

28a) Vgl. Stürzer, Bemerk. S. 589; Bayer, a. a. O. S. 129; Bolgiano, vergl. Darst. S. 42.

28b) Durch Adcitation kann nicht blos eine Intervention im Sinne der GO., sondern auch die Einmischung eines direkt Betheiligten veranlaßt werden.

und vorzügliches Recht bei der streitigen Sache gehabt hat, nach Maßgabe der Gerichtsordnung Kap. XIV §. 11 Nr. 4 auch gegen ihn [28c]).

6) Wenn der Richter die Adcitation im Falle einer dazu gegebenen Veranlassung nicht verfügt hat, so kann der dadurch beschädigte Dritte nach Maßgabe der Grundsäze über die Syndikatsklage (Kap. XVI §. 3 unten) von dem Richter zwar Schadloshaltung verlangen; eine Nullität aber hat eine solche Unterlassung nicht zur Folge. Es kann deshalb das Urtheil unter diesem Vorwande von den Hauptparteien nicht angefochten werden. Für den Dritten erwächst daraus ebenfalls kein anderes Präjudiz, als daß er bei der später noch geltend zu machenden Intervention die unter Nr. 5 erwähnten Beschränkungen [29]) und eben so bezüglich einer anzustellenden Klage die res judicata aus dem bisherigen Prozesse in so ferne und in soweit sich gefallen lassen muß, als dieselbe nach den unten zu Kap. XIV §. 11 zu gebenden Erörterungen überhaupt auf Dritte sich erstreckt [30]).

7) Wenn der Dritte mit seiner besonderen Klage den Sieg davon trägt, so kann dieser der früher in der Haupt-

28c) Ein Beispiel solcher Wirksamkeit s. in den Bl. f. RA. Bd. VI S. 91 f.

29) Die Gerichtsordn. spricht zwar (in Nr. 8 des §. 4) allgemein aus: „daß der Intervenient durch seine Intervention die Exekution nicht mehr hemmen könne; allein dies muß auf die Bedingungen beschränkt werden, unter welchen überhaupt die Intervention die Exekution nicht zu hemmen vermag (Nr. 4 des §. 4).

30) So insbesondere, wenn der Dritte, welchem ein gemeinschaftliches oder vorzügliches Recht bei der Sache zusteht, ungeachtet der unterbliebenen richteramtlichen Benachrichtigung Kenntniß von dem Streite hatte und sich doch nicht dabei betheiligte.

sache unterlegenen Partei nur in so ferne zu Gute kommen, als das Interesse ein unzertrennliches ist.

§. 5.

Von der Kaution de judicio sisti et judicatum solvi [1]).

Nach der Gerichtsordnung war eine jede Partei schuldig, der Gegenpartei Kaution dafür zu leisten,

„daß sie dem Gerichte in der rechtshängigen Sache abwarten, mithin Alles, was dort mit Recht und Urtheil ausgesprochen werde, genügend vollziehen wolle."

Die Härte dieser Vorschrift und die vielfachen in Folge derselben eingetretenen Verzögerungen mittels Inzidentstreitigkeiten und Zwischenberufungen machten eine Abänderung nothwendig, welche durch §. 8 des Gesezes vom 22. Juli 1819 eingetreten ist, und wornach nun die Kautionen nach folgenden Bestimmungen zu bemessen sind:

I. Eine Kaution wegen der Prozeßkosten liegt dem Kläger [1a]) ob, aber nur dem Ausländer [2]), und

1) v. Gönner, Kommentar zum Ges. v. 22. Juli 1819 S. 115 ff. Hartter in den Bl. f. RA. Bd. XIV S. 40 f., S. 54 f. Vgl. Volgiano ebd. Bd. XIII S. 225 f.

1a) In wie ferne dem Ausländer auch in der Parteirolle des Beklagten Kautionsleistung obliegen könne, s. unten Abschnitt IV.

2) Bl. f. Rechtsanw. Bd. II S. 55. Daß der Kläger Ausländer sei, hat der Beklagte im Leugnungsfalle alsbald glaubhaft zu machen. Daß der klagende Ausländer zur Klagstellung provozirt war, ändert an seiner Verbindlichkeit zur Kautionsleistung nichts. Vgl. Heise und Cropp, jurist. Abh. Bd. I S. 314 ff. — Ueber Aufhebung der Kautionsverbindlichkeit durch Abtretung des Klagerechtes an einen Inländer s. Bl. f. RA. Bd. XVII S. 12.

auch diesem nur dann, wenn er keine liegenden Güter in Bayern [2a]) besitzt [2b]) oder Rechte, die ihnen gleich geachtet werden [3]). Die Kautionssumme richtet sich nach dem muthmaßlichen Betrage, den der Richter zu bestimmen hat [4]). Die Kautionsleistung für die Prozeßkosten fällt hinweg bei Liquidationen im Konkurse, bei Wechselklagen und in jenen Fällen, wo ein Theil der Forderung liquid ist, welcher dem Beklagten zur Sicherheit verhältnißmäßig verhaftet bleibt.

II. Die Kaution für die Widerklage hat gleichfalls nur der Ausländer, welcher gegen einen bayerischen Unterthanen (Forensen einbegriffen) [4a]) Klage erhebt [5]), unter obiger Voraussezung (Note 3 und 4) zu leisten, und zwar für den ganzen Betrag der Widerklage in Haupt- und Nebensache, in so weit solcher wahrschein-

2a) Also nicht gerade im Bezirke des Prozeßgerichtes.

2b) Blose Detention, z. B. als Pächter, genügt natürlich nicht.

3) Anmerk. z. d. St. lit. e. „Grundzinsen und ewige Gelder, item Grunddienstbarkeiten und alle rechtmäßige Ansprüchen auf unbewegliche Güter." Die Ausübung besteuerter Gewerbe befreit von der Kautionsleistung nicht. Bl. f. Rechtsanw. Bd. II S. 92, wo nur von den Vorschriften Kap. VIII §. 5 u. 6, nicht von Kap. I §. 8 die Rede ist. Vgl. Komm. I S. 87 f.

4) Die bemerkten Güter und Rechte müssen für diesen Betrag Deckung enthalten, und man kann der Ansicht v. Gönners a. a. O. S. 117 nicht beistimmen, wornach der Besitz liegender Güter in Bayern unter allen Umständen von der Kaution für die Prozeßkosten befreien soll.

4a) Vgl. OAGE. in Nr. 394 $^{13}/_{11}$. Bl. f. RA. Bd. XVI S. 32*.

5) „Bei Streitigkeiten, welche Ausländer unter einander vor bayerischen Gerichten führen, kommt zur Anwendung, was von Inländern gilt." v. Gönner a. a. O. S. 118.

lich gemacht ist. Diese Kaution hat auch bei Wechselklagen statt [5a]).

III. Die Kaution für die Nachklage (s. oben S. 402) hat statt, so oft Jemand unter Vorbehalt einer Nachklage verurtheilt worden ist. Hier ist er nicht schuldig, dem Urtheil eher Folge zu leisten, als bis ihm der gewinnende Theil der Rückerstattung halber für den Fall des Sieges mit der Nachklage Sicherheit geleistet hat. Zwischen Ausländern und Inländern ist hier kein Unterschied; nur muß es eine eigentliche Nachklage (§. 1 oben a. E.) und dieselbe ausdrücklich, sei es in dem Tenor oder in den Entscheidungsgründen, vorbehalten [6]) und ihrem Betrage nach wahrscheinlich gemacht sein [7]). — Auf gleichen Grundsätzen beruht die Kaution, welche nach GO. Kap. III §. 4 Nr. 6 der im Possessorium siegende Kläger für den Fall des Unterliegens in petitorio zu leisten hat. S. oben S. 88.

IV. Wenn außer den bezeichneten Fällen die cautio judicatum solvi für aufgehoben erklärt ist, so steht dies doch der Beantragung von Sicherheitsleistungen nicht im Wege, wo besondere gefahrdrohende Umstände zu provisorischen Verfügungen Anlaß geben [7a]). Arrest und Se-

5a) Wechselgerichtsordnung von 1785 Kap. III §. 5. Im Konkurse kommen Widerklagen nicht vor. GO. XIX §. 9 Nr. 1.

6) Bl. f. Rechtsanw Bd. II S. 229 Bd. V S. 382. Von der Kautionsverbindlichkeit Auswandernder Denjenigen gegenüber, welche illiquide Ansprüche gegen sie erheben s. Bl. f. RA. Bd. X S. 343 f.

7) Ebd. Bd. II S. 230.

7a) Vgl. fr. 41 de judiciis (5,1): „In omnibus bonae fidei judiciis, cum nondum dies praestandae pecuniae venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, ex justa causa condemnatio fit". Savigny, System Bd. V S. 464 Note b.

questration sind lästigere Maßregeln als die Auflage einer Kaution. Wer in der Lage ist, jene beantragen zu können, ist das minder lästige Sicherungsmittel der Kautionsleistung in Antrag zu bringen wohl befugt [7b]).

V. Ueber die cautio de rato, de non amplius turbando, defensum iri, über die Kautionen bei Provisorien ist am geeigneten Orte bereits gehandelt worden [8]).

VI. Die hier in Frage befindlichen Kautionen werden nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag des Gegners aufgelegt [9]). —

Der von einem Ausländer beklagte Inländer ist in den oben unter Nr. I und II bemerkten Fällen vor der Leistung der Kaution auf die Klage zu antworten nicht schuldig (vgl. oben S. 323 Note 6 b u. S. 327 Note 1 b) [9a]). Macht er von dieser Befreiung Gebrauch, so ist, wo auch für die Widerklage Kaution begehrt wird, ein Fall gegeben, in welchem die Widerklage, jedoch lediglich zur Begründung der Kautionsforderung, noch vor der Kriegsbefestigung in der Vorklage nicht blos anzubringen, sondern auch zu bescheinigen ist.

Daß der Ausländer einen Inländer zum Mitkläger hat, befreit ihn nicht von der Kautionsverbindlichkeit [9b]).

VII. Die Kaution ist durch annehmliche, d. h. vermögende und leicht zu belangende, Bürgen, oder Unterpfand (Faustpfand, Hypothekenbestellung oder Hinterlegung

7b) Vgl. hierüber auch Bolgiano, vergl. Darst. S. 19 f. S. nebstdem Seuffert's Archiv Bd. IV S. 314; Bd. VI S. 173 f.

8) Vgl. oben S. 43, 88, 423 Note 18.

9) Daher ist Anerbieten der Kaution im Klaglibelle nicht nöthig. Hartter a. a. O. S. 43. — Bezüglich der cautio defensum iri vgl. Bl. f. Rechtsanw. Bd. I S. 118.

9a) In der angef. Note 6b Z. 6 ist st. „XV" zu lesen „XIII".

9b) Bl. f. RA. Bd. XI S. 77.

einer Geldsumme) zu leisten [9c]), und nur, wenn keine solche aufgebracht werden kann, muß sich, so ferne sonst, z. B. wegen schlechten Leumundes des Pflichtigen, keine erheblichen Bedenken obwalten, bezüglich der Kaution wegen der Kosten mit einem Versicherungseide begnügt werden. Kann der Kläger die gebührende Realkaution wegen der Widerklage nicht stellen, so bleibt es dabei, daß sich Beklagter auf die Vorklage einzulassen nicht verbunden ist. Dasselbe gilt bezüglich der Kaution für die Kosten, wenn der unvermögende Kläger wegen schlechten Leumundes nicht zur juratorischen Sicherheitsleistung geeignet ist.

Die Kaution für die Nachklage kann dadurch geleistet werden, daß der Kläger Dasjenige, was der Beklagte in Folge des Urtheils über die Vorklage zu zahlen hat, von dem Kläger nach Verhältniß der Nachklage bei Gericht hinterlegen läßt. Die Zulassung zum Armenrechte bringt keineswegs Befreiung von der Kautionsverbindlichkeit mit sich [10]).

VIII. Ueber den Kautionspunkt ist nach Maaßgabe der von dilatorischen Einreden und Inzidentpunkten geltenden Vorschriften (Kap. III §. 3 S. 24, Kap. VI §. 6 S. 332) summarische, d. h. nach den allgemeinen Grundsätzen (oben S. 24 f.) beschleunigte, Verhandlung zu pflegen [10a]). Dies gilt sowohl von der Erörterung der Verbindlichkeit überhaupt, als von den Verhandlungen über Bestimmung des Betrages und der Art der zu leistenden, und die Suffizienz der anerbotenen Kaution. — Findet der Richter den

9c) In dem Antrage auf Kautionsleistung ist der Betrag, den man verlangt, so wie die Art der Kautionsleistung, welche angesonnen werden will, zu bezeichnen. Bl. f. RA. a. a. O.

10) Bl. f. Rechtsanw. Bd. II S. 230.

10a) Vgl. hierüber Hartter a. a. O. S. 45 f. — S. jedoch oben Komment. zu Kap. VI §. 3 Note 6b.

einerseits gestellten Antrag für begründet, so kann die Aufforderung des Gegners zur Erklärung überall mit der Androhung des Rechtsnachtheils geschehen, daß, im Falle Einwendungen in der vorgesteckten Frist nicht vorgebracht werden, eine dem Antrage entsprechende Verfügung zu gewärtigen sei [11]). — Natürlich gilt dies Alles nur von Prozeßkautionen, nicht aber von Einklagung civilrechtlicher Ansprüche auf Kautionsleistung.

§. 6.

Von Arresten [1]).

I.

Bereits oben S. 10 f. ist bemerkt worden, daß die Gerichtsordnung von einem besonderen Arrestprozesse nichts weiß, sondern von Arresten nur spricht in Bezug auf ihre Bedeutung als Grund eines speziellen Gerichtsstandes und als Mittel, die künftige Exekution zu sichern.

Von dem Arrest in der ersten Beziehung ist oben zu Kap. I §. 8 [2]) die Rede gewesen.

Von dem dortselbst erörterten Falle, in welchem es sich davon handelt, nicht blos eine provisorische Sicherstellung von einem nach der allgemeinen Regel unzuständigen

11) Ueber den Kostenpunkt der Verhandlung, über ein Kautionsbegehren, so wie über die in Betreff der Kaution nach Erledigung des Hauptstreites vorkommenden Fragen — s. Hartter a. a. O. S. 54—58. — Vgl. unten Komment. zu Kap. XVII §. 4 Note 3, 9.

1) Bayer, Theorie der summar. Prozesse §. 19 ff. Mittermaier, der gem. deutsche Prozeß Beitr. IV ed. II §. VII. Hofmann, Th. A., der bayer. Arrestprozeß. Augsb. 1824. Quentin im Arch. f. civ. Prax. Bd. XXIII S. 239.

2) Kommentar Bd. I S. 76 ff.

Richter zu erwirken, sondern für diesen auch die Kompetenz zur Verhandlung und Entscheidung der Hauptsache selbst zu begründen, und wobei vorausgesezt wird, daß der Implorant in billiger Sorge stehe, er werde vor der ordentlichen Obrigkeit das Seinige ohne sonderliche Beschwerde nicht erlangen, ist der Fall wohl zu unterscheiden, in welchem es nicht die Angehung des ordentlichen Richters ist, was besondere Beschwerde verursacht, oder die künftige Exekution gefährdet, sondern die Gefährdung nur in dem Aufschube liegt, welchem die richterliche Hilfe nach dem gewöhnlichen Gange des Verfahrens unterworfen ist.

Für diesen Fall ist es Voraussezung, daß nach besonderen Thatsachen zu besorgen steht, der Gegner werde während des Laufes des gewöhnlichen Verfahrens sich oder sein Vermögen der Hand des Gerichtes entziehen.

In diesem hier zu erörternden Falle, von welchem weiter der Arrest als Exekutionsmittel unterschieden werden muß (vgl. unten zu Kap. XVIII §. 3), ist das Interesse des Imploranten nicht darauf gerichtet, einen außerordentlichen Gerichtsstand für die Hauptsache zu begründen, sondern nur auf Erwirkung einer provisorischen Maßregel, durch welche der Gegner an der Vereitlung der künftigen Exekution gehindert werden soll [3]).

Das Mittel dazu ist eben der Arrest, d. h. die Verfügung des Richters, wodurch entweder einer gewissen Person, einen ihr angewiesenen Aufenthalt zu verlassen, untersagt, oder die Macht derselben, frei über das Ihrige zu verfügen, zur Sicherung der Ansprüche Anderer beschränkt wird [4]) (Personal-Realarrest).

3) Bl. f. Rechtsanw. Bd. III S. 113.

4) Stürzer, Bemerk. S. 110. Ueber die Wirkungen, welche

II.

Gegenstand des Realarrestes kann Alles sein, was dem Gläubiger Sicherheit zu verschaffen im Stande ist, bewegliche und unbewegliche Sachen und Forderungen. Sachen, bei denen es gewiß ist, daß dem Schuldner kein Recht darauf zusteht, können nicht mit Beschlag belegt werden; alle jene Sachen, welche zwar dem Schuldner gehören, aber entweder gar nicht, oder nur in beschränktem Maße Gegenstand der Exekution sind (Kap. XVIII §. 4 unten), können auch entweder gar nicht, oder nur in eben dem beschränkten Maße der Beschlagnahme unterworfen werden [5]).

So wie ferner selbst bei der Exekution eines rechtskräftigen Urtheils schonende Rücksicht auf den Verurtheil=

eintreten, wenn der Arrest anlegenden Verfügung des Richters zuwidergehandelt wird, s. Bayer a. a. O. §. 30.

5) Objekte, auf welche hiernach entweder gar kein, oder nur in beschränktem Maße ein Arrest verfügt werden darf, sind: 1) Besoldungen, Gagen, Pensionen und Quieszenzgehalte der unmittelbaren und mittelbaren Staatsbeamten rc. Prozeßgesez v. 17. Nov. 1837 §. 73; 2) die in die Augsburger Sparkasse eingelegten Gelder, Zinsen und Quittungsbücher Regul. v. 1. Jan. 1822 (Regierungsbl. 1823 S. 333) §. 3. 3) Staatsobligationen au porteur V. v. 12. März 1817 (Regierungsbl. S. 178). 4) Banknoten (bayerische). Statuten v. 17. Juni 1835 (Regierungsbl. S. 596) §. 16. 5) Ausbeuten des Bergbaues, außer für Bergschulden Bergordn. v. 6. Mai 1784 Art. 101. 6) Landwehr=Montur und Waffen V. v. 10 Sept. 1808 (Regierungsbl. S. 2037). 7) Montirungsstücke der Polizeisoldaten V. v. 18. Sept. 1813 (Regierungsbl. S. 1213). 8) Alimentations= und Gnadengelder, so wie Bezüge aus den Armenkassen V. v. 23. Juni 1781. GSamml. v. 1784 S. 205. V. v. 11. Juni 1790. GS. v. 1797 S. 199.

ten zu nehmen ist, eben so darf dieses bei der Verhängung eines Arrestes, als einer blos provisorischen Maßregel um so weniger außer Acht gelassen werden.

Es soll daher der Personalarrest nur in Ermangelung hinreichender Objekte für einen Realarrest verhängt, und auch der Realarrest immer zunächst an jenem Vermögen des Schuldners angelegt werden, welches derselbe leichter entbehren kann [6]). Die Art der Vollziehung des Arrestes hängt von der Beschaffenheit des Objektes ab. Bewegliche Sachen werden entweder obrigkeitlich versiegelt, oder, wo es thunlich ist, in gerichtliche Verwahrung gebracht, oder einem Dritten anvertraut; Lezteres geschieht auch bei unbeweglichen Sachen [7]) (Sequestration §. 7 unten). Bei Aktivforderungen besteht die Arrestverfügung darin, daß dem Schuldner des Imploraten aufgegeben wird, bei Vermeidung der Selbsthaftung an Lezteren keine Zahlung zu leisten [8]). Der Personalarrest wird entweder dadurch vollzogen, daß man den Schuldner in seiner Wohnung bewachen oder in einem öffentlichen Detentionsorte unterbringen läßt. Bei Personen, die in öffentlichen Dien-

6) Bayer a. a. O. §. 22.

7) Hier kann der Arrest auch dadurch vollzogen werden, daß dem Besitzer die Veräußerung untersagt, und das Hypothekenamt requirirt wird, dieses Verbot in der zweiten Rubrik des Hypothekenbuches einzutragen. Vgl. Seuffert's Archiv Bd. I S. 304.

8) Ist die in Beschlag genommene Forderung eine Hypothekenforderung, so wird das Hypothekenamt requirirt, die Anlegung des Arrestes in der dritten Rubrik des Hypothekenbuches vorzumerken. Geht die Forderung an eine öffentliche Kasse, so wird diese requirirt, an den Imploraten keine Zahlung zu leisten. — Von Wechseln, die mit Arrest bestrickt sind, s. Seuffert's Archiv Bd. I S. 431.

sten stehen, hat der Personalarrest nicht statt, wenn die Entfernung von dem bisherigen Aufenthaltsorte durch Dienstesverhältnisse geboten wird. Eine Art des Personalarrestes ist auch die Beschlagnahme der Pässe oder Zeugnisse, indem dadurch die Entfernung von einem Orte oder die freie Verfolgung des gewählten Lebensplans gehindert oder erschwert wird.

III.

Die Voraussezungen des Arrestes sind:

1) die Bescheinigung [8a]) einer Forderung des Imploranten an den Imploraten. Dabei kommt darauf nichts an, ob die Forderung bereits exigibel ist oder nicht, so wie auch bei bedingten Ansprüchen eine Arrestverfügung als zulässig erscheint [9]).

2) Die Bescheinigung der besonderen Umstände, welche die Vereitlung der künftigen Exekution besorgen lassen, z. B. wenn der Schuldner fluchtverdächtig ist, wenn er sein Vermögen zu verschwenden anfängt [9a]). Unrichtig ist die Ansicht, daß die Verhängung des Arrestes gegen Inländer nur unter der Voraussezung stattfinde, wenn dieselben „ungefreit und unangesessen und zugleich schlechten Leumunds oder der Flucht verdächtig sind;" denn die Bestimmung der Gerichtsordn. a. d. St. Nr. 2, aus wel-

8a) Ueber Unstatthaftigkeit der Eideszuschiebung als Bescheinigungsmittel im Arrestprozesse vgl. Seuffert's Archiv Bd. VI S. 406.

9) Fr. 6 pr. quib. ex caus. (42, 4); fr. 14 ut legat. serv. (36, 3). Bayer a. a. O. §. 24. Seuffert's Archiv Bd. IV S. 314; Bd. VII S. 297.

9a) Ueber die Voraussezungen des Sicherungs-Arrestes vgl. Seuffert's Archiv Bd. VI S. 122.

cher man diese Beschränkung ableitet, bezieht sich lediglich auf die Arreste, welche an die Stelle der in dem Eingange des §. 5 oben erwähnten, durch die Novelle vom 22. Juli 1819 §. 8 abgeschafften allgemeinen Kaution treten sollten [10]).

IV.

Dergleichen Arrestgesuche, welche nur provisorische Sicherstellung der künftigen Exekution bezwecken, werden wie andere Gesuche um Provisorien, entweder vor oder gleichzeitig mit der Einklagung der Hauptsache, oder im Laufe des Hauptprozesses, bei erst jezt eintretender Gefahr, angebracht [11]). Dieselben sind bei dem für die Hauptsache zuständigen Richter auch in dem Falle anzubringen, wenn sich die Person oder die Sachen, welche dem Arreste unterworfen werden sollen, in dem Sprengel eines anderen Gerichtes befinden; die Angehung dieses anderen Gerichtes um Erlassung der provisorischen Maßregel greift hier ausnahmsweise nur dann Plaz, wenn so große Gefahr auf dem Verzuge ist, daß solche bei dem Zeitversäumnisse, welches die Erwirkung einer Requisition von Seite des ordentlichen Richters mit sich bringen würde, nicht mehr abgewendet werden könnte [12]).

10) Bl. f. Rechtsanw. Bd. III S. 116. Abweichend Bolgiano, vergl Darst. S. 18.

11) Dies kann selbst noch in der Exekutionsinstanz geschehen. Bl. f. Rechtsanw. a. a. O. S. 118.

12) Bl. f. Rechtsanw. Bd. II S. 114 ff., woselbst auch die abweichende Meinung Kreittmayr's Anmerk. z. d. St. lit. a gewürdigt, resp. widerlegt ist. Vgl. auch oben S. 43—44. — In Fällen obiger Beschaffenheit gehört aber das Justifikations- (resp. Impugnations-) Verfahren vor den Rich-

V.

Das Arrestgesuch kann mündlich zu Protokoll oder schriftlich angebracht werden. Dasselbe muß neben der Angabe und Bescheinigung der Forderung und der Gefahr (Nr. III oben) [13]) auch die Bezeichnung des Gegenstandes enthalten, worauf die Verhängung des Arrestes nachgesucht wird. Ein unbegründetes Arrestgesuch ist geradehin oder angebrachtermaßen abzuweisen.

Auf ein begründetes Arrestgesuch wird, wenn die Gefahr sehr dringend erscheint, der Arrest sofort, ohne vorgängiges Gehör des Gegentheils, verfügt, und zugleich Tagfahrt zur Rechtfertigung des Arrestes, bei verhängtem Personalarreste nicht über drei Tage hinaus, anberaumt [13a]). Bei minder dringender Gefahr geht die Verhandlung über die Zulässigkeit des Arrestes der Arrestverfügung voraus [14]).

VI.

In dem einen wie in dem anderen Falle hat die Verhandlung gemäß §. 1 Nr. 8 des Gesezes vom 17. Nov. 1837 bei den Untergerichten im beschleunigten Verfahren im mündlichen Verhöre, bei den Obergerichten nach den oben S. 14 erörterten Grundsäzen zu geschehen.

Das Verfahren in diesem Termine hat nichts weiter

ter der Hauptsache. Vgl. Kleiner, über die Bescheinigung S. 74.

13) Wird sich auf Zeugen berufen, so muß das Arrestgesuch dieselben bezeichnen und schleunige Vernehmung beantragen. Ueber den Begriff und die Erfordernisse der Bescheinigung wird unten zu Kap. IX §. 2 die Rede sein.

13a) Gegen diese Verfügung findet selbständige Berufung nicht statt. OAGE. in Nr. 1604 $^{41}/_{45}$.

14) Bl. f. Rechtsanw. a. a. O. S. 116.

zum Zwecke, als die Eröterung der Frage, ob Grund vorhanden sei, den provisorisch verhängten Arrest fortbestehen, resp. den nachgesuchten, aber noch nicht verfügten, Arrest eintreten zu lassen. Der Implorant hat hier unter Bezugnahme auf die mit dem Arrestgesuche vorgelegten Bescheinigungen und deren allenfallsiger Ergänzung und unter etwaiger Nachtragung der Rechtsausführung um Bestätigung, resp. Verhängung des Arrestes zu bitten.

Der Implorat wird mit seiner Impugnation gehört. Als Anfechtungsgründe werden nur diejenigen berücksichtiget, welche entweder 1) die allgemeinen *wesentlichen* Erfordernisse jedes gerichtlichen Verfahrens betreffen, oder welche 2) das Nichtvorhandensein der Bedingungen eines rechtmäßigen Arrestes, insbesondere den Mangel einer hinreichenden Gefahr, etwa unter Vorlage der erforderlichen Gegenbescheinigung, zeigen, oder welche endlich 3) eine Einwendung gegen die getroffene, resp. beantragte Wahl der Arrestart oder des Arrestobjektes enthalten. Dagegen kommt das blose Abläugnen der Hauptforderung, zu deren Sicherstellung der Arrest verhängt, resp. nachgesucht wurde, wenn nur die nöthige Bescheinigung von Seite des Imploranten nicht fehlt, eben so wenig in Betracht, als peremtorische Einreden gegen diese Forderung, es wäre denn, daß diese Einreden sogleich wahrscheinlich gemacht würden, ohne daß der Implorant dieselben durch gleichmäßig liquide Repliken sogleich wieder zu entkräften vermöchte [15]).

Nach gepflogener schließlicher Verhandlung kann zwar

15) *Bayer* a. a. O. §. 36. Vgl. Bl. f. RA. Bd. XIV S. 350. Wird nur Wahrscheinlichmachung der Forderung zur Verhängung des Arrestes erfordert, so muß man sich mit diesem Ueberzeugungsgrade auch zum Zwecke der Arrest-Aufhebung

zu etwaigen Berichtigung mangelnder Förmlichkeiten, Ergänzung der erforderlichen Behelfe oder Aufnahme der zur Bescheinigung dienenden Beweismittel ein kurzer Termin vorgesteckt, nicht aber ein Beweisinterlokut erlassen, oder ein förmliches Beweisverfahren eingeleitet, sondern es muß nach Maßgabe der gepflogenen Verhandlung bald der Arrest aufgehoben, resp. abgeschlagen, bald bestätigt, resp. erkannt werden [16]).

Mit den Verhandlungen über den Arrest sind die Verhandlungen in der Hauptsache nicht zu vermengen, sondern in abgesonderten Akten zu pflegen [17]).

begnügen. — Ueber Einrede des Spoliums im Arrestprozesse vgl. Seuffert's Archiv Bd. VI S. 407.

16) Bl. f. Rechtsanw. Bd. III S. 117 (Z. 19 statt „Impetrant" lies „Impetrat"); Bd. V S. 384. Die Aufhebung des Arrestes hat die Verurtheilung des Impetranten in die Kosten zur Folge, wenn sie aus Gründen geschieht, welche diesem zur Last fallen; wohin der unter VIII vorkommende Fall der Relaxation zufolge Kautionsleistung nicht gehört. Bayer a. a. O. §. 37.

17) Bayer a. a. O. §. 34, 35. Bl. f. Rechtsanw. Bd. III S. 118. Stürzer, Bemerkungen S. 125 will die Hauptsache gleichzeitig mit dem Arrestpunkte verhandelt wissen; allein dem steht entgegen: a) der Arrest ist eine blose Provisionalverfügung; durch diese Nebensache kann die Verhandlung der Hauptsache nicht gehemmt oder nach sich gezogen werden, und zwar um so weniger, als b) der Arrestpunkt im beschleunigten Verfahren des mündlichen Verhörs, die Hauptsache aber meistens nicht in diesem, sondern im gewöhnlichen Verfahren oder im Exekutivprozesse zu verhandeln ist; c) bezüglich des Arrestpunktes nur schleunigst bescheinigte Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zulässig sind; d) über denselben gesonderte Berufungen stattfinden können; endlich e) einer gleichzeitigen

VII.

Erscheint in dem zur Rechtfertigung angesezten Termine der Implorant nicht, so wird der Arrest sogleich aufgehoben, und in derselben Sache nur wegen neuer Gefahr und auf neues Ansuchen erkannt. Erscheint der Implorat in dem Rechtfertigungs-, resp. Verhandlungstermine nicht, so wird nunmehr der Arrest als gerechtfertigt angesehen, sohin bestätigt, resp. verfügt [18]).

Dieser Rechtsnachtheil ist in der Ladung ausdrücklich anzudrohen.

VIII,

In dem Rechtfertigungstermine, so wie zu jeder Zeit, kann der Impetrat statt des verhängten Arrestes durch Bürgschaft, Hypothek, Pfänder oder Hinterlegung der angesprochenen Summe bei Gericht hinreichende Sicherheit leisten. Werden von dem Impetranten Erinnerungen dagegen vorgebracht, so hat das Gericht zu entscheiden.

Auch kann der Impetrat um Relaxation des Arrestes bitten, wenn er nachzuweisen vermag, daß die Voraussezung des Arrestes, die Gefahr, weggefallen sei. Der Impetrant muß natürlich darüber gehört, und sodann nach Lage der Sache entschieden werden. Sonst dauert der Arrest so lange fort, bis entweder der Impetrat in der Hauptsache rechtskräftig losgesprochen, oder der Impetrant vollständig befriedigt ist.

Verhandlung der Hauptsache in der Gerichtsordn. keine Erwähnung geschieht.

18) Stürzer a. a. O. S. 123 Nr. 3. — Soweit nichts Besonderes bemerkt wurde, kommen die über Provisorien im Allgemeinen geltenden Grundsäze auch hier zur Anwendung.

Wenn auf ein Arrestgesuch, welches vor Erhebung der Hauptklage eingereicht wurde, der Arrest verfügt wird, so ist dem Impetranten aufzugeben, binnen einer angemessenen Frist (bei dem Personalarreste in Hinblick auf die Vorschrift in Nr. 3 der Gerichtsordn. a. d. St. binnen drei Tagen) nach Bestätigung oder Verhängung des Arrestes die Hauptklage zu stellen und sich darüber auszuweisen, unter dem Präjudiz, daß sonst der Arrest werde wieder aufgehoben werden. Dieses Präjudiz ist auf Antrag des Impetraten zu vollziehen.

IX.

Gegen die ohne Gehör des Impetraten erlassene Arrestverfügung finden Remonstrationen, gegen die nach gepflogener Verhandlung erlassenen Beschlüsse über Arrestgesuche die gewöhnlichen Rechtsmittel statt; jedoch hat die Berufung gegen den Beschluß, wodurch Arrest verhängt, resp. der verhängte bestätigt wurde, keine aufschiebende Wirkung und ist zur dritten Instanz unter der Voraussezung unzuläßig, daß dem Impetraten die gesonderte Rechtsverfolgung im gewöhnlichen Prozesse vorbehalten bleibt [19]).

19) Gesez v. 17. Nov. 1837 §. 54 Nr. 5. Bl. f. Rechtsanw. Bd. V S. 380—4. Es macht keinen Unterschied, ob nur auf Arrest erkannt, oder nebenbei zugleich auch die Hauptsache verbeschieden ist. Ebd. Bd. XV S. 335. — Das Fatale ist, weil die Sache im mündlichen Verhöre verhandelt wird, 14 Tage, wo aber dieses nicht statt hat, nämlich in den bei Obergerichten verhandelten Arrestsachen, so ferne nicht der Arrest im Exekutionsverfahren nachgesucht wurde, 30 Tage. §. 64 des angef. Ges.

X.

In wie ferne die widerechtliche [19a]) Verhängung eines Arrestes für den Impetraten eine Entschädigungs- und Injurienklage gegen den Impetranten und beziehungsweise gegen den Richter zur Folge habe, ist nach den Grundsäzen über Injurien, Verpflichtung zur Schadloshaltung und über die Syndikatsklage (vgl. zu Kap. XVI §. 3 unten) zu beurtheilen [20]); die Grundsäze über leztere geben auch Ziel und Maß über die Frage, ob und in wie weit der Richter wegen Verweigerung eines nachgesuchten Arrestes zur Entschädigung verbunden sei.

Wenn übrigens der Beklagte seinen Entschädigungsanspruch oder die Injurienklage gegen den Impetranten in Form einer Widerklage in dem Verfahren über die Statthaftigkeit des Arrestes oder auch in dem Hauptprozesse anbringt, so kann bei dem hier stattfindenden Präjudizialverhältnisse der Widerklage die Wirkung der gleichzeitigen Verhandlung nicht beigelegt werden [21]).

§. 7.

Von der Sequestration.

Die Sequestration, wodurch bewegliches oder un-

19a) Vgl. Bayer a. a. O. §. 29: „Die Verbindlichkeit des Impetranten zur Entschädigung wird keineswegs schon dadurch allein begründet, daß er in der Hauptsache unterliegt, sondern müssen hiebei auch die allgemeinen Grundsäze über dolus, culpa und error berücksichtigt werden.“

20) Schauß, über die Entschädigungsforderung wegen eines widerrechtlich impetrirten Arrestes. Landshut, 1821. Vergl. Seuffert's Archiv Bd. I S. 148. S. auch Gett, prakt. Erört. S. 155 f.

21) Vgl. Bayer a. a. O. §. 29.

bewegliches Vermögen [1]), welches im Streite ist, bis zur Erörterung oder zum Ausgange des Streites einem Dritten zur Verwahrung oder Verwaltung anvertraut oder auch zu Gerichtshänden genommen wird, ist in Ansehung des Verfahrens nnd ihrer Wirkung nach den oben angegebenen Grundsäzen über provisorische Verfügungen (S. 38 ff.) und beziehungsweise über Arreste (§. 6 oben) zu beurtheilen. Sie kann außer dem Falle eines gütlichen Einverständnisses [1a]) nur dann verhängt werden [1b]):

1) wenn der Inhaber eines unbeweglichen Gutes dasselbe bedeutend verschlimmert und des Verbotes ungeachtet damit fortfährt;

2) wenn Gefahr vorhanden, daß der Inhaber beweglicher Sachen dieselben während des Streites verschlimmern, veräußern, verschwenden oder wegschaffen, oder daß er durch Flucht oder Entfernung aus dem Lande dem Ansuchenden die Rechtsverfolgung unmöglich machen oder doch sehr erschweren werde [2]);

3) wenn nach Beschaffenheit der Parteien zu befürchten ist, daß sie Gewalt gegen einander brauchen werden [3]),

1) Auch bei Personen kann sie vorkommen, z. B. bei Reklamirung eines Kindes, fr. 3 §. 4 de liber. exhibend. (43, 30); bei einer Braut cap. 14 X de spons. (4, 1).

1a) Von der sequestratio voluntaria kann man nicht sagen, daß sie durch das Dasein eines Streites über den Gegenstand oder durch die Beziehung auf einen zu erwartenden Streit bedingt sei. Seuffert's Archiv Bd. V S. 372.

1b) Ueber den Antrag eines Schuldners auf Sequestration einer Kapitalforderung bei dem Streite zwischen mehreren Prätendenten — ebd. S. 148.

2) Ueber Sequestration von Gage-Antheilen vgl. Bl f. RA. Bd. XVII S. 112.

3) Vgl. über einen solchen Fall der Sequestration — Seuffert's Archiv Bd. VI S. 123.

und über den Besiz eines solchen streitigen Gutes in possessorio momentaneo eine Entscheidung nicht erfolgen kann (vgl. oben S. 98).

Durch die Sequestration soll an dem Besize in Bezug auf seine rechtliche Wirkungen nichts geändert, und es darf daher insbesondere durch sie dem Besizer der Genuß der Früchte, so weit er darauf ein Recht hat, nicht entzogen werden. Wenn durch Pfänder oder Bürgen gehörige Sicherheit bestellt worden, so ist die erkannte Sequestration wieder aufzuheben.

Inhaltsverzeichniß.

Viertes Kapitel.

Von gerichtlichen Klagen, Klaglibellen und anderen sowohl mündlichen als schriftlichen Anbringen.

*) Die S. 121 erwähnte Vorschrift der Formationsverordnung vom 17. Dez. 1825, daß in jedem Regierungsbezirke ein Fiskaladjunkt am Sitze des Appellationsgerichtes wohnen solle, ist in Folge der Einrichtung der Staatsanwaltschaft durch neuere Bestimmungen außer Kraft getreten. Dieselbe stand in Zusammenhang mit der nun weggefallenen Funktion der Fiskale in politischen Strafsachen.

Fünftes Kapitel.

Von gerichtlichen Citationen, Kommunikationen und Mandaten, dann derselben Insinuation und den Kontumazialhandlungen.

Seite

Sechstes Kapitel.

Von der Kriegsbefestigung oder litis contestatio, Exzeption, Replik, Duplik, dann dem weiteren Schriftenwechsel und Terminen.

*) In der Note 6b (S. 323—4) Z. 6 ist statt „XV" zu lesen „XIII".

**) S. 366 Note 25 füge bei: In Ansehung der Frage, ob hier

Seite

Siebentes Kapitel.

Von der Legitimation und Vollmacht.

Achtes Kapitel.

Von der Rekonvention, Litisdenunziation, Nomination, Intervention, Kaution, dem Arreste und der Sequestration.

der Eid des Antragstellers nicht etwa als Beweisergänzungsmittel anwendbar sei, vgl. Komment. Bd. III zu Kap. IX §. 2 Note 4.

Vergleichung

der Seitenzahlen in der ersten und zweiten Auflage

des zweiten Bandes des Kommentars.

1. Auflage.	2. Auflage.	1. Auflage.	2. Auflage.
S. 3	S. 3, 4	S. 36	S. 43, 44
„ 4	„ 4, 5	„ 37	„ 44, 45
„ 5	„ 5	„ 38	„ 46
„ 6	„ 6, 7	„ 39	„ 47
„ 7	„ 7, 8	„ 40	„ 48
„ 8	„ 8, 9	„ 41	„ 49, 50
„ 9	„ 9, 10	„ 42	„ 50, 51
„ 10	„ 11	„ 43	„ 51, 52
„ 11	„ 12, 13	„ 44	„ 52, 53
„ 12	„ 13, 14	„ 45	„ 53, 54
„ 13	„ 14, 15	„ 46	„ 54, 55
„ 14	„ 15, 16	„ 47	„ 56, 57
„ 15	„ 16, 17	„ 48	„ 57, 58
„ 16	„ 18, 19	„ 49	„ 59—61
„ 17	„ 19, 20	„ 50	„ 61, 62
„ 18	„ 20, 21	„ 51	„ 63, 64
„ 19	„ 22, 23	„ 52	„ 64, 65
„ 20	„ 23, 24	„ 53	„ 65, 66
„ 21	„ 24, 25	„ 54	„ 67
„ 22	„ 25, 26	„ 55	„ 68, 69
„ 23	„ 27, 28	„ 56	„ 69, 70
„ 24	„ 28, 29	„ 57	„ 70, 71
„ 25	„ 29, 30	„ 58	„ 72, 73
„ 26	„ 30, 31	„ 59	„ 73, 74
„ 27	„ 32	„ 60	„ 74, 75
„ 28	„ 33	„ 61	„ 75, 76
„ 29	„ 34, 35	„ 62	„ 76—78
„ 30	„ 35, 36	„ 63	„ 78
„ 31	„ 36, 37	„ 64	„ 78, 79
„ 32	„ 37, 38	„ 65	„ 80
„ 33	„ 39, 40	„ 66	„ 81
„ 34	„ 40, 41	„ 67	„ 82
„ 35	„ 41, 42	„ 68	„ 83, 84

1. Auflage.	2. Auflage.	1. Auflage.	2. Auflage.
S. 69	S. 84, 85	S. 116	S. 144, 145
„ 70	„ 85, 86	„ 117	„ 145, 146
„ 71	„ 87, 88	„ 118	„ 146
„ 72	„ 88, 89	„ 121	„ 149
„ 73	„ 89, 90	„ 122	„ 150, 151
„ 74	„ 90, 91	„ 123	„ 151, 152
„ 75	„ 91—93	„ 124	„ 153, 154
„ 76	„ 93, 94	„ 125	„ 154, 155
„ 77	„ 94, 95	„ 126	„ 155, 156
„ 78	„ 96, 97	„ 127	„ 157, 158
„ 79	„ 97, 98	„ 128	„ 158, 159
„ 80	„ 98, 99	„ 129	„ 160, 161
„ 81	„ 99, 100	„ 130	„ 162, 163
„ 82	„ 101, 102	„ 131	„ 163, 164
„ 83	„ 102, 103	„ 132	„ 164, 165
„ 84	„ 103, 104	„ 133	„ 165, 166
„ 85	„ 104—106	„ 134	„ 167, 168
„ 86	„ 106—108	„ 135	„ 168, 169
„ 87	„ 108, 109	„ 136	„ 170, 171
„ 88	„ 110	„ 137	„ 171, 172
„ 89	„ 111	„ 138	„ 172, 173
„ 90	„ 112, 113	„ 139	„ 173, 174
„ 91	„ 113—115	„ 140	„ 175, 176
„ 92	„ 115, 116	„ 141	„ 177, 178
„ 93	„ 116, 117	„ 142	„ 179
„ 94	„ 117, 118	„ 143	„ 180, 181
„ 95	„ 119	„ 144	„ 181, 182
„ 96	„ 120, 121	„ 145	„ 182, 183
„ 97	„ 121, 122	„ 146	„ 183, 184
„ 98	„ 122, 123	„ 147	„ 184, 185
„ 99	„ 123, 124	„ 148	„ 185—187
„ 100	„ 124, 125	„ 149	„ 187, 188
„ 101	„ 125, 126	„ 150	„ 188, 189
„ 102	„ 127, 128	„ 151	„ 189, 190
„ 103	„ 128, 129	„ 152	„ 191
„ 104	„ 129, 130	„ 153	„ 192, 193
„ 105	„ 130, 131	„ 154	„ 194
„ 106	„ 131, 132	„ 155	„ 195
„ 107	„ 133	„ 156	„ 196
„ 108	„ 134, 135	„ 157	„ 197, 198
„ 109	„ 135, 136	„ 158	„ 198, 199
„ 110	„ 136, 137	„ 159	„ 199, 200
„ 111	„ 137—139	„ 160	„ 201, 202
„ 112	„ 139, 140	„ 161	„ 202, 203
„ 113	„ 140, 141	„ 162	„ 204
„ 114	„ 141, 142	„ 163	„ 205, 206
„ 115	„ 142—144	„ 164	„ 206, 207

1. Auflage	2. Auflage.
S. 165	S. 208
„ 166	„ 209, 210
„ 167	„ 210—212
„ 168	„ 212, 213
„ 169	„ 214
„ 170	„ 215
„ 171	„ 216
„ 172	„ 217, 218
„ 173	„ 218—220
„ 174	„ 220, 221
„ 175	„ 221, 212
„ 176	„ 222, 223
„ 177	„ 223—225
„ 178	„ 225—227
„ 179	„ 227, 228
„ 180	„ 229, 230
„ 183	„ 233
„ 184	„ 234, 235
„ 185	„ 235, 236
„ 186	„ 236, 237
„ 187	„ 237, 238
„ 188	„ 238—240
„ 189	„ 240, 241
„ 190	„ 241, 242
„ 191	„ 242, 243
„ 192	„ 243, 244
„ 193	„ 245
„ 194	„ 246
„ 195	„ 247, 248
„ 196	„ 248, 249
„ 197	„ 249, 250
„ 198	„ 250, 251
„ 199	„ 251—253
„ 200	„ 253, 254
„ 201	„ 254, 255
„ 202	„ 255, 256
„ 203	„ 256, 257
„ 204	„ 258, 259
„ 205	„ 259, 260
„ 206	„ 260, 261
„ 207	„ 262
„ 208	„ 263, 264
„ 209	„ 264—266
„ 210	„ 266, 267
„ 211	„ 267—269
„ 212	„ 269, 270
„ 213	„ 270—272
S. 214	S. 272, 273
„ 215	„ 273, 274
„ 216	„ 274—276
„ 217	„ 276, 277
„ 218	„ 277, 278
„ 219	„ 278—280
„ 220	„ 280—282
„ 221	„ 282, 283
„ 222	„ 283—285
„ 223	„ 285, 286
„ 224	„ 286, 287
„ 225	„ 287, 288
„ 226	„ 289, 290
„ 227	„ 290—292
„ 228	„ 293—294
„ 231	„ 297
„ 232	„ 298
„ 233	„ 299, 300
„ 234	„ 300, 301
„ 235	„ 302, 303
„ 236	„ 303, 304
„ 237	„ 305, 306
„ 238	„ 307—309
„ 239	„ 309—312
„ 240	„ 312—314
„ 241	„ 314, 315
„ 242	„ 315, 316
„ 243	„ 316—318
„ 244	„ 318, 319
„ 245	„ 320, 321
„ 246	„ 321, 322
„ 247	„ 322—324
„ 248	„ 325, 326
„ 249	„ 327, 328
„ 250	„ 328, 329
„ 251	„ 329, 330
„ 252	„ 331, 332
„ 253	„ 332, 333
„ 254	„ 333—335
„ 255	„ 335, 336
„ 256	„ 337
„ 257	„ 338, 339
„ 258	„ 340, 341
„ 259	„ 341—343
„ 260	„ 343, 344
„ 261	„ 344, 345
„ 262	„ 346—348

1. Auflage	2. Auflage.	1. Auflage.	2. Auflage.
S. 263	S. 348, 349	S. 305	S. 403, 404
" 264	" 349, 350	" 306	" 404, 405
" 265	" 350, 351	" 307	" 405—407
" 266	" 351, 352	" 308	" 407, 408
" 267	" 353	" 309	" 408, 409
" 268	" 354, 355	" 310	" 410, 411
" 269	" 356	" 311	" 411, 412
" 270	" 357	" 312	" 412, 413
" 271	" 358, 359	" 313	" 413, 414
" 272	" 359, 360	" 314	" 414, 415
" 273	" 361—363	" 315	" 415—417
" 274	" 363—365	" 316	" 417, 418
" 275	" 365, 366	" 317	" 418, 419
" 276	" 367, 368	" 318	" 419—421
" 279	" 371, 372	" 319	" 421—423
" 280	" 372—374	" 320	" 423, 424
" 281	" 374, 375	" 321	" 424, 425
" 282	" 375, 376	" 322	" 425, 426
" 283	" 376, 377	" 323	" 426, 427
" 284	" 377, 378	" 324	" 427, 428
" 285	" 378, 379	" 325	" 429, 430
" 286	" 380	" 326	" 430—432
" 287	" 381, 382	" 327	" 432, 433
" 288	" 382, 383	" 328	" 433, 434
" 289	" 383, 384	" 329	" 435, 436
" 290	" 384, 385	" 330	" 436, 437
" 291	" 385—387	" 331	" 437, 438
" 292	" 387, 388	" 332	" 439, 440
" 293	" 388, 389	" 333	" 440, 441
" 294	" 389, 390	" 334	" 441, 442
" 295	" 390—392	" 335	" 442, 443
" 296	" 392	" 336	" 443, 444
" 299	" 395, 396	" 337	" 444, 445
" 300	" 396, 397	" 338	" 445—447
" 301	" 397, 398	" 339	" 447, 448
" 302	" 398—400	" 340	" 448, 449
" 303	" 400, 401	" 341	" 449, 450
" 304	" 401—403	" 342	" 451, 452.

Von dem in unserem Verlage erscheinenden Werke:

Die Gesetzgebung des Königreichs Bayern seit Maximilian II.

Mit Erläuterungen.

In Verbindung mit Dr. L. Arndts, Dr. H. v. Bayer, Dr. J. C. Bluntschli, Carl Brater, Dr. J. Pözl und Anderen, herausgegeben von Dr. C. F. Dollmann,

sind bereits folgende Hefte ausgegeben worden:

Ersten Theiles 1. Heft, enthaltend: **Die allgemeine deutsche Wechselordnung** mit dem k. bayer. Einführungsgesetz, sammt dem **k. bayer. Gesetz, die kaufmännischen Anweisungen** betr., erläutert von Dr. J. C. Bluntschli. Lex.=8. geh. Preis 1 fl. 32 kr. oder 28 Ngr.

Ersten Theiles 2. Heft, enthaltend: Das k. bayer. **Grundlasten=Ablösungs=Gesetz** vom 4. Juni 1848, sammt dem Gesetze, die §§. 4 und 117 des **Grundsteuer=Gesetzes** betr., v. 28. März 1852, erläutert von Dr. J. Pözl. Lex.=8. geh. Preis 1 fl. 12 kr. oder 22 Ngr.

Ersten Theiles 3. Heft, enthaltend: Das **Gesetz,** die Sicherung, Fixirung und Ablösung der auf dem Zehentrechte lastenden **kirchlichen Baupflicht** betreffend, vom 28. Mai 1852, erläutert von Dr. M. Permaneder. Lex.=8. geh. Preis 36 kr. oder 12 Ngr.

Ersten Theiles 4. Heft, enthaltend: das **Gesetz** vom 4. Juni 1848, die **Ablösung des Lehenverbandes** betreffend, erläutert von Dr. J. Pözl. Lex.=8. geh. Preis 24 kr. oder 8 Ngr.

Ersten Theiles 5. Heft, enthaltend: **Gesetz** über die **Ausübung und Ablösung des Weiderechts auf fremdem Grund und Boden,** erläutert von Dr. J. Pözl. Lex.=8. geh. Preis 40 kr. oder 12 Ngr.

Zweiten Theiles 1. Heft, enthaltend: **Gesetz** vom 4. Juni 1848, die **Verantwortlichkeit der Minister** betr. — **Gesetz** vom 30. März 1850, den **Staatsgerichtshof** und das **Verfahren bei Anklagen gegen die Minister** betr. — **Gesetz** vom 28. Mai 1852, die **Distriktsräthe** betr. — **Gesetz** vom 28. Mai 1852, die **Landräthe** betr. Mit Erläuterungen von Carl Brater. Lex.=8. geh. Preis 1 fl. 40 kr. oder 1 Rthlr. 2 Ngr.

Zweiten Theiles 2. Heft, enthaltend: **Gesetz** vom 11. Juli 1850, die **Kapitalrenten= und Einkommensteuer** betr., erläutert von Maximilian Wolf. — **Gesetz** vom 25. Juli 1850,

die Häusersteuer betr., erläutert von Maximilian Wolf. — Gesetz vom 25. Juli 1850, die Einquartierungs- und Vorspannslasten in Friedenszeiten betr., erläutert von Carl Brater. — Gesetz vom 25. Juli 1850, die Unterstützung und Verpflegung hülfsbedürftiger und erkrankter Personen betreffend, erläutert von Carl Brater. Lex.-8. geh. Preis 1 fl. 24 kr. od. 24 Ngr.

Zweiten Theiles 3. Heft, enthaltend: Gesetz vom 28. Mai 1850, die Kompetenzkonflikte betr., erläutert von Dr. St. Rinecker. Lex.-8. geh. 1 fl. od. 20 Ngr.

Dritten Theiles 1. Heft, enthaltend: Gesetz vom 17. März 1850 zum Schutze gegen den Mißbrauch der Presse. — Gesetz vom 24. Dezember 1849, den Schutz der Telegraphenanstalten betr. — Nachträge zu den Erläuterungen über das Preßgesetz vom 17. März 1850. — Gesetz vom 25. Juli 1850, die Bestrafung der Jagdfrevel betr. — Gesetz vom 30. März 1850, die Ausübung der Jagd betr. — Gesetz vom 15. Juni 1850, den Ersatz des Wildschadens betr. Mit Erläuterungen von Carl Brater. Lex.-8. geh. Preis 1 fl. 28 kr. oder 28 Ngr.

Erlangen. Palm & Enke.

In unserem Verlage ist ferner erschienen und in allen Buchhandlungen zu erhalten:

Das

Zinsenversprechen in eigenen Wechseln

nach den Grundsätzen

der

allgemeinen deutschen Wechselordnung

und nach legislativen Grundsätzen erörtert

von

Dr. Friedrich Christian von Arnold,

kgl. bayer. Staatsrath i. a. D.

gr. 8. 54 Seiten. geh. Preis 24 kr. oder 8 Ngr.

Erlangen im Mai 1855.

Palm & Enke.
